



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E  
TECNOLOGIA SÃO CARLOS  
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC  
CURSO DE GRADUAÇÃO - DIREITO**

**GUSTAVO LAFAETE ALVARENGA**

**IDIOSSINCRASIAS JURÍDICAS EM APARENTE COLISÃO: O  
INSTITUTO DA REABILITAÇÃO PENAL E A VEDAÇÃO AO  
EXERCÍCIO DA TUTELA PREVISTO NO ARTIGO 1.735, INCISO IV  
DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ  
2022

**GUSTAVO LAFAETE ALVARENGA**

**IDIOSSINCRASIAS JURÍDICAS EM APARENTE COLISÃO: O  
INSTITUTO DA REABILITAÇÃO PENAL E A VEDAÇÃO AO  
EXERCÍCIO DA TUTELA PREVISTO NO ARTIGO 1.735, INCISO IV  
DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Doutor Tauã Lima Verdán Rangel, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ  
2022/1º Semestre

## FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC  
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves  
05/2022

A473i Alvarenga, Gustavo Lafaete.  
Idiossincrasias jurídicas em aparente colisão: o instituto da  
reabilitação penal e a vedação ao exercício da tutela previsto  
no artigo 1.735, inciso IV do código civil de 2002. / Gustavo  
Lafaete Alvarenga. – Bom Jesus do Itabapoana, 2022.  
116 f. : il.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade  
Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2022.  
Orientador: Tauã Lima Verdan Rangel.  
Bibliografia: 103-116.

1. Tutela 2. Reabilitação criminal. 3. Dignidade da pessoa  
humana. 4. Melhor interesse da criança.

CDD 346.81

**GUSTAVO LAFAETE ALVARENGA**

**IDIOSSINCRASIAS JURÍDICAS EM APARENTE COLISÃO: O  
INSTITUTO DA REABILITAÇÃO PENAL E A VEDAÇÃO AO  
EXERCÍCIO DA TUTELA PREVISTO NO ARTIGO 1.735, INCISO  
IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Monografia aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ para obtenção do título de  
Bacharelado em Graduação de Direito.

Monografia avaliada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Formatação: ( ) \_\_\_\_\_

Nota final: ( ) \_\_\_\_\_

**Comissão Examinadora**

---

**Prof. XXXXXX**

Orientador

---

**Prof. XXXXX**

Coorientador ou Avaliador de Metodologia

---

**Prof. XXXXX**

Avaliador de Conteúdo

---

**Prof. XXXXX**

Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, XX (dia) de XXX (mês) de XXX (ano).

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esse trabalho a toda minha família por me incentivarem a cursar a faculdade de direito. Dedico em especial à minha esposa Janaina e ao meu filho Pedro Henrique que estiveram comigo durante toda minha jornada cursando direito, me incentivando a continuar e não desistir.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por me abençoar e me dar forças para continuar até o fim do curso. Não foi fácil, conciliar trabalho, família e faculdade. Contudo, graças a Deus consegui chegar até aqui, mesmo sendo uma jornada árdua durante esses cinco anos, com muita garra, dedicação e fé em Deus.

Agradeço a toda minha família por me incentivar a prosseguir com o curso, sempre com palavras de apoio e incentivo para que eu conseguisse conquistar esse objetivo tão importante em minha vida que era ser um operador do direito.

Agradeço especialmente a minha esposa e ao meu filho por fazerem parte desse momento tão significativo e especial para mim. Vocês fazem parte dessa vitória!

Agradeço a todos os professores da faculdade metropolitana São Carlos que transmitiram seus conhecimentos em suas respectivas disciplinas nessa jornada durante esses cinco anos, obrigado a todos vocês!

Agradeço, especialmente, ao professor Doutor Tauã Lima Verdán Rangel que lecionou, para mim, em 8 de 10 períodos, sendo um dos personagens principais que me ajudaram a construir até aqui o meu conhecimento jurídico com suas brilhantes aulas. Agradeço também por aceitar me orientar nesse trabalho, desde a primeira mensagem que lhe enviei com a ideia do tema, o qual de pronto aceitou e me incentivou a discorrer sobre o tema, me orientando com maestria, o meu mais sincero obrigado Mestre!

“Veja, Não diga que a canção está perdida. Tenha em fé em Deus, tenha fé na vida. Tente outra vez.”

“E não diga que a vitória está perdida. Se é de batalhas que se vive a vida. Tente outra vez!”

Raul Seixas

Canção: Tente outra vez

ALVARENGA, Gustavo Lafaete. **Idiossincrasias jurídicas em aparente colisão**: o instituto da reabilitação penal e a vedação ao exercício da tutela previsto no artigo 1.735, inciso IV do Código Civil de 2002. 116f. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2022.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como escopo analisar o artigo 1.735 inciso IV do Código Civil de 2002 que se contrapõe ao instituto da reabilitação criminal do Código Penal. Tendo como base para tanto, a mitigação trazida pelo Enunciado 636 da VIII Jornada de Direito Civil. A justificativa para se aprofundar no tema consiste em procurar entender se o legislador acertou ao querer dar maior proteção aos tutelados, mesmo que tenha ferido a preceitos constitucionais da igualdade para todos e da não discriminação sobre qualquer forma e natureza. De outro lado, se analisou também partindo do pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana, se esse ex condenado poderia ou não ter direito a exercer esse encargo com base no instituto da reabilitação criminal que assegura ao condenado o sigilo de suas anotações criminais. Para tanto foi abordado sobre a evolução da família e todas as entidades familiares reconhecidas atualmente que tem como fundamento principal o afeto. Discorreu-se sobre a evolução do Direito Penal e o instituto da reabilitação criminal, sua hipótese e incidência como também a divergência da doutrina para a efetivação de tal medida. Abordou-se também sobre o instituto da tutela, sobre a doutrina da proteção integral, abordando as doutrinas favoráveis à mitigação trazida pelo Enunciado 636. A partir do tema proposto foi utilizado o método dedutivo, analisando textos científicos e doutrinas que discorrem sobre o tema, assim como julgados e teses do TJMG, STJ e STF que têm relação com a temática abordada. Portanto, concluiu-se que apesar da complexidade do tema, o Enunciado 636 da VIII Jornada de Direito Civil trouxe uma importante orientação a ser seguida pelo julgador, tendo um precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nesse sentido.

**Palavras-Chaves:** Tutela; Reabilitação Criminal; Dignidade da Pessoa Humana; Melhor Interesse da Criança

ALVARENGA, Gustavo Lafaete. **Legal idiosyncrasies in apparent collision:** the institute of penal rehabilitation and the prohibition of the exercise of guardianship provided for in article 1,735, item IV of the Civil Code of 2002. 116p. Completion of course work. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2022.

### **ABSTRACT**

This course conclusion work has the scope to analyze article 1,735, item IV of the Civil Code of 2002, which opposes the institute of criminal rehabilitation of the Penal Code. Based on this, the mitigation brought by Statement 636 of the VIII Civil Law Journey. The justification for delving into the subject is to try to understand if the legislator was right to want to give greater protection to the wards, even if it violated the constitutional precepts of equality for all and non-discrimination in any form and nature. On the other hand, it was also analyzed, based on the assumption of the principle of human dignity, whether or not this ex-convict could be entitled to exercise this charge based on the institute of criminal rehabilitation that assures the convict the secrecy of his criminal records. For that, it was approached about the evolution of the family and all the family entities currently recognized that have affection as their main foundation. Discussed the evolution of Criminal Law and the institute of criminal rehabilitation, its hypothesis and incidence as well as the divergence of doctrine for the implementation of such a measure. It was also discussed about the institute of guardianship, about the doctrine of integral protection, approaching the doctrines favorable to mitigation brought by Enunciation 636. From the proposed theme, the deductive method was used, analyzing scientific texts and doctrines that discuss the subject, as well as judgments and theses of the TJMG, STJ and STF that are related to the theme addressed. Therefore, it was concluded that despite the complexity of the subject, Statement 636 of the VIII Journey of Civil Law brought an important orientation to be followed by the judge, having a precedent of the Court of Justice of Minas Gerais in this sense.

**Keywords:** Guardianship; Criminal Rehabilitation; Dignity of Human Person; Best Interest of the Child.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. - Artigo

CC - Código Civil

CJF – Conselho da Justiça Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ECRIAD - Estatuto da Criança e do Adolescente

ONU - Organização das Nações Unidas

p. - página

Resp. – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

s.p. – sem página

## LISTA DE FIGURAS

**Figura 1.** Capacidade do sistema prisional e déficit de vagas por UF ..... 72

# SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Lista de Abreviaturas e Siglas

Lista de Figuras

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>1 A FAMÍLIA EM UM VIÉS EVOLUTIVO BRASILEIRO</b> .....	<b>18</b>
1.1 A FAMÍLIA NO PERÍODO COLONIAL E IMPERIAL BRASILEIRO.....	23
1.2 A FAMÍLIA SOB A ÉGIDE DA LEGISLAÇÃO DO SÉCULO XX.....	28
1.3 A GUINADA LEGISLATIVA: OS DESDOBRAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA A ENTIDADE FAMILIAR .....	34
<b>2 O INSTITUTO DA REABILITAÇÃO PENAL EM EXAME</b> .....	<b>46</b>
2.1 OS EFEITOS DA PENA À LUZ DO CÓDIGO PENAL DE 1940.....	53
2.2 A REABILITAÇÃO PENAL EM DELIMITAÇÃO.....	63
2.3 AS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA REABILITAÇÃO PENAL .....	68
<b>3 PENSAR E INTERPRETAR O ARTIGO 1.735, INCISO IV, DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL</b> .....	<b>74</b>
3.1 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL EM DELIMITAÇÃO.....	77
3.2 O CONTEÚDO JURÍDICO DO ARTIGO 1.735 DO CÓDIGO CIVIL: VISITANDO O INSTITUTO DA TUTELA.....	82
3.3 DISCRIMINAÇÃO LEGAL VERSUS REABILITAÇÃO PENAL: CRÍTICAS E REFLEXÕES À HIPÓTESE DO INCISO IV DO ARTIGO 1.735 DO CÓDIGO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS TUTELADOS? .....	91
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>99</b>
<b>REFERENCIAS</b> .....	<b>103</b>

## INTRODUÇÃO

Discorrendo considerações preliminares acerca do tema abordado, cumpre ser informado para os leitores que este foi produzido sobre três enfoques. O primeiro consiste na abordagem e evolução da família desde os períodos colonial e imperial até a atualidade. O segundo enfoque analisa o Instituto da Reabilitação Criminal, sua eficácia, hipóteses e incidências, assim como a real efetividade deste princípio na atualidade, debatendo a divergência doutrinária sobre esse instituto. O terceiro enfoque consiste em analisar e interpretar os institutos da tutela e da proteção integral, na qual se cumpriu analisar e refletir acerca da discriminação do legislador e a incongruência do texto contido no artigo 1.735, inciso IV em face do instituto da reabilitação criminal.

O objetivo geral é analisar a possibilidade, de que, para conferir maior proteção aos tutelados, se o legislador pode discriminar os condenados nos crimes elencados no artigo 1.735, inciso IV, com uma imutável inaptidão para exercer tutela. O objetivo específico consiste em caracterizar a evolução da família e do instituto de proteção no direito brasileiro, examinar o instituto da reabilitação penal e sua eficácia à luz da doutrina e discorrer sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e sua possível mitigação trazida do Enunciado 636 da VIII Jornada de Direito Civil.

Diante disso, a pesquisa buscou-se discorrer sobre duas hipóteses. A primeira hipótese analisa que embora caiba à família, juntamente com o Estado, o dever de proteção, cuidado e zelo em face da criação dos menores, que são primordiais para uma boa infância e adolescência, a fim de resguardar que más influências possam corromper a formação da criança e do adolescente, é preciso analisar se para resguardar o interesse do menor, a fim de dar maior proteção aos menores tutelados, o Estado pode e deve proibir que pessoas condenadas fossem impedidas de exercer tutela, por ser um mau exemplo para esse exercício.

A segunda hipótese busca analisara proibição para o exercício da tutela prevista no artigo 1.735, inciso IV do Código Civil de 2002 que é manifestamente oposta ao instituto da reabilitação criminal trazida no diploma penal, pois, proíbe o exercício de qualquer tutela, independentemente se o tutelado foi ou não vítima do tutor. Portanto, é preciso compreender se de fato esses condenados teriam ou não direito para o exercício da tutela. É preciso examinar se esse texto desse dispositivo

Civil está ou não discriminando esses condenados, ou se quando se trata de tutela, é necessário proibir pessoas com antecedentes criminais para esse exercício, mesmo havendo essa discriminação e esse conflito de normas e mesmo que esses condenados tenham cumprido sua pena e tenham sido reabilitados.

A justificativa para escolha do tema está ligada ao fato desse choque de leis. O que, com isso, demonstra uma necessidade de pesquisa e de uma tentativa de resposta, tendo em vista esse conflito de normas constitucionais e infraconstitucionais e dos institutos da tutela e da reabilitação criminal. Denota-se que o legislador ao querer proteger os menores enrijecendo o instituto da tutela, claramente colidiu com as normas entre o ramo civil e penal, abrangendo também um conflito com garantias constitucionais, direitos humanos e o direito da criança e do adolescente no que concerne ao princípio do melhor interesse da criança, tanto é que a mitigação trazida no Enunciado 636 da VIII Jornada de Direito Civil foi baseada neste princípio.

O tema é complexo e divide opiniões doutrinárias tanto nas esferas civil e penal. No Direito Penal, parte da doutrina defende que não tem efeito prático algum, exceto para voltar a dirigir veículo e parte da doutrina assevera que não só o instituto tem efeito prático como dá mais garantia e segurança jurídica ao condenado que já cumpriu a pena e já tenha preenchido os requisitos para a concessão do benefício. No Direito Civil, em que há doutrina que defende um tratamento mais rígido para um condenado poder exercer tutela mesmo tendo cumprido sua pena, como há doutrina defendendo a mitigação trazida no Enunciado 636 da VIII Jornada de Direito Civil.

Diante do exposto e da necessidade de se entender estudar a temática e essa divergência apontada, o primeiro capítulo traz para o leitor a conceituação e evolução da família e seus aspectos do passado e da atualidade para que se chegue à compreensão de sua principal finalidade que é a afetividade no âmago familiar.

O primeiro capítulo, também, abarca como era a família no Brasil colônia e império, discorrendo sobre o comportamento desta nessa época, o qual num primeiro instante, percebe-se que os europeus chegaram ao solo brasileiro sem o intuito de constituir família nessa nova terra. Contudo, devido ao fato das mulheres indígenas existentes no Brasil e das africanas também trazidas pelos europeus se relacionarem cada vez mais com eles tornou-se inevitável a formação de famílias, ainda que não fosse esse o objetivo. Inclusive, neste contexto, houve até importação de mulheres brancas para o Brasil a pedido dos jesuítas para que se preservasse a reprodução e perpetuação da etnia europeia por aqui. Nesse período, a família sofreu grande

influência da Igreja católica, que só se poderia ser considerada família com o casamento na Igreja e a família era na maioria das vezes constituída com propósito de assegurar a descendência e os negócios, sem ter o afeto e a harmonia como base.

A família continuava enraizada na figura da família matrimonializada e patriarcal, da qual a figura do homem era o cerne dessa família, em que o mesmo era quem ditava as regras e a todos os integrantes restava obedecer. Havia muito preconceito e discriminação com os filhos nascido dentro e fora do casamento e a mulher ainda não desempenhava o papel de valor como desempenha na atualidade, prova disso era o Código Civil de 1916, que materializava essas diferenças entre homem e mulher e dos filhos legítimos e ilegítimos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, e com o advento do Código Civil de 2002, essa diferenças que antes existiam entre homem e mulher foi superada, os filhos agora são todos iguais e a família é base da sociedade, detento proteção estatal. Contudo, o instituto não se limita na atualidade com o que preceitua Magna Carta e o Diploma Civil vigente. A entidade familiar evoluiu e continua a evoluir cada vez mais, com os tribunais e a Suprema corte reconhecimento outras entidades familiares e com diversos tipos de famílias diferentes que se abordará no presente estudo.

O segundo capítulo traz a abordagem da evolução do direito penal com ênfase no instituto da reabilitação criminal. Diante disso se fará uma pesquisa sobre como o direito penal era visto na antiguidade e como é visto atualmente no Brasil, em que, houve um tempo que o direito penal consistia na vingança, que se pode dizer que é uma espécie do que é popularmente chamado de justiça com as próprias mãos propriamente dito. Contudo, na medida em que o modo de se pensar na aplicação dessas sanções foi evoluindo, conforme se narrará, foi surgindo ideias e posteriormente leis para regular e tentar aplicar uma pena mais justa para quem fosse condenado, a fim de que as penas consideradas bárbaras e cruéis dessem lugar para uma condenação com uma pena digna e humanizada.

Com isso, o capítulo abarca a evolução e finalidade das penas e o que se busca com o instituto da reabilitação criminal, que apesar de ter controvérsias doutrinárias, é previsto no diploma penal como forma de assegurar o condenado do sigilo de suas anotações criminais e de que de fato, esse condenado tenha sido ressocializado para conviver na sociedade sem cometer novos delitos.

O terceiro capítulo traz a abordagem do processo de constitucionalização do Diploma Civil e o conseqüente modo do legislador editar e o judiciário julgar de acordo

questões atinentes a esse Código com os preceitos insculpidos na Lei Maior, principalmente se pensando no superprincípio da dignidade da pessoa humana como principal inspiração. Em sua pesquisa, o estudo busca delimitar a doutrina da proteção integral e sua observância para assuntos atinentes à criança e adolescente que passam a ser expressamente reconhecido como sujeitos dotados de direitos no ordenamento jurídico pátrio, devendo a todos tanto Estado como sociedade garantir a esses menores todos os seus direitos que são abarcados na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do adolescente.

No que concerne à tutela, o estudo traz sua definição, conceito e demais aspectos relevantes sobre o instituto, ao qual se percebe no decorrer da pesquisa que o legislador cercou esse título do Diploma Civil de normas mais rígidas a fim de proteger esse menor que terá que conviver obrigatoriamente com uma pessoa digna, idônea, íntegra e de bons costumes para administrar o seu patrimônio se assim tiver e ministrar sua educação, formação e crescimento.

Diante de todo o exposto, a pesquisa abarcará essa discriminação e trazer a reflexão sobre esse conflito de institutos, que são complexos, mas que trazem uma importância de serem compreendidos e analisados, pois os dois esbarram na dignidade da pessoa humana, em que de um lado está a dignidade de um ex-condenado, alguém que cometeu um ilícito, mas que já cumpriu a pena e não deveria em tese ser discriminado.

De outra banda, a dignidade desse menor que ao ver do legislador e de parte da doutrina não se recomenda que pessoas que já cometeram crimes cuidem de crianças e adolescentes por ser considerado um mau exemplo. Para isso se analisará a crítica referente à reabilitação criminal, fazendo uma conexão com a vedação do artigo 1.735, inciso IV do Código Civil, trazendo um julgado recente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que com base no melhor interesse da criança, permite que um ex-condenado cuide de uma pessoa incapaz como o que preceitua o Enunciado 636 da VIII jornada de direito civil, em que nesse julgado foi proferida a decisão com base no melhor interesse da curatelada.

A partir do recorte proposto, estabeleceram-se como métodos científicos de abordagem o historiográfico e o dedutivo. O primeiro encontrou aplicação, sobretudo, no primeiro capítulo, com o assentamento das bases históricas relacionadas à evolução da temática. O segundo, por sua vez, foi empregado para exame do objeto central da proposta, a fim de atender os objetivos específicos enumerados e a

problemática condutora da pesquisa. Ainda no que concerne à classificação da pesquisa, pode-se enquadrar como dotada de natureza descritiva e, no que concerne ao enfrentamento do objeto, como possuidora de perfil essencialmente qualitativo.

Em alusão às técnicas de pesquisas, devido ao perfil de enfrentamento, empregou-se a revisão de literatura, sob o formato sistemático, como técnica primária, auxiliada da pesquisa bibliográfica e da análise de projetos de leis como técnicas complementares. No que se refere ao processo de seleção, as plataformas pesquisadas foram o *Google Acadêmico*, o *Scielo* e o *Scopus*, sendo empregado como descritores de busca palavras-chave relacionadas ao tema e o critério de seleção a pertinência e correlação com o tema.

## 1 A FAMÍLIA EM UM VIÉS EVOLUTIVO BRASILEIRO

A palavra "família" vem do latim *famulus*, que significa "escravo doméstico", e se refere aos escravos que trabalhavam legalmente na agricultura familiar de tribos latinas no que hoje é a Itália (CUNHA, 2010, s.p.). É o que, também, afirma Azeredo (2020, s.p.): “Segundo Engels (1984, p. 61), a origem etimológica da palavra família, vem do latim *famulus*, quer dizer escravo doméstico, e então, família é o conjunto dos escravos pertencentes e dependentes de um chefe ou senhor”.

No campo biológico, considera-se família a comunidade formada por uma só pessoa e aquelas que geneticamente delas descendem, eminentemente ligada ao vínculo consanguíneo, portanto ao binômio filiação e paternidade/ maternidade (RODRIGUES, 2005, p.85). A família sempre existiu, porém, ao longo da história, passou por diversas transformações. Pode-se dizer que, no último século, essas mudanças se deram de forma mais rápida e marcante. A palavra família em sentido amplo abrange todos os indivíduos que estão ligados por laço sanguíneo, por afinidade ou também por estranhos, já no sentido estrito a família é o conjunto de pessoas unidas pelos laços matrimoniais e da filiação tendo somente os cônjuges e a prole (ARAUJO, 2018, s.p.).

A evolução do conceito de família é ampla, não cabendo mais, na atualidade, só se fazer uma simples leitura no texto da Lei, sem observar a doutrina e a jurisprudência sobre a evolução do conceito de família, “Frise-se que as alterações pertinentes ao direito de família demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos” (GONÇALVES, 2014, p.26).

Nesse diapasão, Fábio Ulhoa Coelho discorre que:

São, nesse sentido, três os modelos de família: tradicional, romântica e contemporânea. Na família tradicional, que existiu até meados do século XIX, o pai era o poderoso chefe em torno do qual gravitavam os demais membros. Na família romântica, que existiu entre meados do século XIX até os anos 1960, o pai perde boa parte de seu poder tirânico, mas continua ainda centralizando a vida da família. A família contemporânea é resultado da mudança significativa na condição da mulher na sociedade, ocorrida na segunda metade do século passado (COELHO, 2012, p.34-35).

Para Paulo Nader (2016, p.55), “o conceito de família é definido como a célula vital da sociedade e ambiente natural onde o ser humano nasce e encontra as condições essenciais ao seu desenvolvimento físico e moral”. Desse modo, pode-se afirmar que a família tem um conceito muito amplo, em que não há uma definição apenas, quando se busca entender a origem e o conceito de família, é preciso considerar vários aspectos não só descritos e positivados nas leis, mas também no cotidiano e no dia a dia e até nas decisões dos tribunais. A família pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano, e historicamente, antes mesmo de os humanos se organizarem em comunidades assentadas, uma família era constituída por um grupo de pessoas de um ancestral comum ou por meio de uma relação conjugal (CUNHA, 2010, s.p.).

O conceito de família é tão amplo que até quando uma pessoa vive sozinha ela é reconhecida, para fins de amparo e tutela jurídica, como família unipessoal. Neste sentido, inclusive, tal questão já ficou plasmada na Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que traz, em seu texto, que a impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas (ARAÚJO, 2018, s.p.). Corroborando com a ideia que não se tem uma definição consolidada no conceito de família, Fábio Ulhôa Coelho, em tom de complementação, preleciona em sua obra que:

A explicação da origem da família, como se vê, está envolta em grandes incertezas. Associa-se o seu surgimento, porque conceitualmente não há outra alternativa, ao da prática da proibição do incesto, isto é, à regulação das relações sexuais permitidas e proibidas. Mas pouco se consegue avançar, pela trilha da certeza científica, no conhecimento de sua origem, porque nunca houve, como não há hoje em dia, uma forma única de família. Podem-se estudar as famílias, mas não a família (COELHO, 2012, p.24).

Pablo Stolze (2017, p.1.356), por sua vez, assevera que “A família é, sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos”. A legislação pátria não apresenta um conceito definido da família. Assim, Matheus Antonio da Cunha elenca em sua pesquisa as três acepções do vocábulo família, elencados por Maria Helena Diniz, que são o sentido amplíssimo, o sentido lato e a acepção restrita (CUNHA, 2010, s.p.). O sentido amplíssimo vem a ser o conceito que abrange todos os indivíduos que estiverem

ligados pelo laço de sangue ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. Na acepção *lato*, consideram-se família, além dos cônjuges ou companheiros e seus filhos, parentes na linha reta ou colateral, bem como os afins. Já no sentido restrito, conforme a Constituição do Brasil de 1988 em seu artigo 226, a família retrata o conjunto de pessoas unidas pelo laço do matrimônio e de filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (MACEDO, 2015, s.p.)

Para Paulo Lobo (2018, p.20-21), “Pode-se dizer que a evolução da família expressa à passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo”. Ao se tratar da evolução conceitual de família brasileira, cumpre ser realizada uma breve consideração da grande reformulação que houve principalmente do código Civil de 1916, que só considerava família aquela constituída por meio do matrimônio, para aquele conceito trazido pela Constituição Federal de 1988, reconhecendo também a união estável como entidade familiar e não somente o matrimônio propriamente dito. No Código Civil de 1916, toda família era casamentária, matrimonializada, de modo que para ter família era preciso casar. Assim sendo, quem não casava não tinha família. Não existia no Código Civil de 1916 nenhuma família fora do casamento (LIMA, 2016, s.p.).

Ademais, foram completamente ignoradas, pelo legislador de 1916, as uniões de caráter convivencial, de companheirismo, não reservando qualquer direito àquelas que não fossem formadas por intermédio do casamento, como o concubinato e a união estável, como hoje é reconhecida a união legítima, sem a celebração de matrimônio (CUNHA, 2010, s.p.). Isso porque, até então, a ordem jurídica brasileira apenas reconhecia como forma “legítima” de família aquela decorrente do casamento, de maneira que qualquer outro arranjo familiar era considerado marginal, a exemplo do concubinato (STOLZE, 2017, p.1.359).

Na mesma toada, segundo os dizeres de Geildson de Souza Lima:

Na legislação anterior a família era patriarcal. O homem era o chefe da família, existindo uma visão verticalizada de família onde o homem se encontrava no vértice da pirâmide, sendo a esposa quase que propriedade do marido. No Código Civil atual a família deixou de ser patriarcal e passou a ser igualitária, pois homem e mulher passaram a ser iguais na forma da lei. Não há mais hierarquia, não há mais chefia da relação casamentaria, sendo correto afirmar que a atual codificação estabeleceu uma igualdade material entre o homem e a mulher,

respeitando as diferenças justamente para buscar a igualdade (LIMA, 2016, s.p.).

A família do passado, chamada família extensiva, era aquela que coabitavam, no mesmo espaço, várias gerações. Esse modelo de família era estritamente patriarcal, em que o pai detinha o poder absoluto e a mãe era vista como uma figura reprodutora e submissa à figura masculina. Tratava-se de uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos (DIAS, 2016, p.48).

A organização familiar primitiva baseada no parentesco deu origem à primeira sociedade humana organizada, desse modo a expressão família surge a partir de uma dessas organizações sociais (CUNHA, 2010, s.p.). No tocante ao título proposto e na evolução da tentativa de definição da palavra família no ordenamento jurídico brasileiro, em que, no passado, a família só era instituída através do casamento, Carlos Roberto Gonçalves abarca que:

O Código Civil de 1916 proclamava, no art. 229, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida (GONÇALVES, 2014, p.22).

Assim, aliás, dizia a redação do artigo 229 do Código Civil de 1916, *in verbis*, “Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos” (BRASIL, 1916). O casamento, portanto, como única entidade familiar juridicamente reconhecida, foi mantida pelas legislações imperiais, sendo, no entanto, estendido também aos não católicos, reconhecendo-se, através do Decreto nº 1.144 de, 11 de setembro de 1861, como casamento civil as demais uniões religiosas (CUNHA, 2010, s.p.).

Com o surgimento da Constituição de 1988, o artigo 226 põe fim a esse modelo patriarcal enraizado no pensamento da sociedade. Para tanto, o Texto de 1988 flexibilizou o conceito de família, na medida em que reconheceu a dignidade humana como norte para a base familiar, o que foi corroborado pelo Código de 2002. A nova visão da família, com a Constituição Federal e o Código Civil de 2002, não é mais de família institucional, mas sim de família instrumental. A família passou a ser meio e

não fim, ou seja, é o meio pelo qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade na busca da realização pessoal. Essa realização pessoal é a felicidade, que, também, é um direito fundamental (LIMA, 2016, s.p.).

A família natural foi adaptada pela Igreja Católica, que transformou o casamento em instituição sacralizada e indissolúvel, e única formadora da família cristã, formada pela união entre duas pessoas de diferentes sexos, pensamento esse que predomina até os dias atuais (CUNHA, 2010, s.p.)

A partir da Constituição de 1988, e consolidada no Código Civil de 2002, a família assumiu um novo sentido na legislação, pois foram reconhecidas outras formas de constituição familiar, tais como a união estável e os grupos monoparentais (ZARIAS, 2010, s.p.). Nesse sentido, Lima (2016, s.p.) discorre que o direito à felicidade foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar (ADPF 132, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011), ao se reconhecer a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nos dizeres de Paulo Lobo:

O modelo igualitário da família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988. A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonial, mas também outras duas explicitamente (união estável e entidade monoparental), além de permitir a inclusão das demais entidades implícitas (LOBO, 2018, p.24).

Portanto, pode-se afirmar que não tem, em decorrência da complexidade social contemporânea, como definir um conceito universal de família, restando, dessa forma, abordar a evolução e diferentes definições que a cada dia o conceito sofre. Alterações essas que sempre são com intuito de se buscar a felicidade, pois o conceito de família é mutável, podendo-se afirmar que a busca da felicidade e da efetivação da dignidade humana dentro do seio familiar prepondera sobre qualquer lei positivada. Tal contexto faz com que os tribunais, ao analisarem casos concretos, que dizem respeito à família, julguem e reconheçam diversas formas de entidade familiar. Além disso, é certo que o conceito de família tem como ingredientes preponderantes o afeto, a ética, a

solidariedade e a dignidade na busca da felicidade da pessoa humana e, por isso, não deve se prender a preconceitos culturais, religiosos e sociais (LIMA, 2016, s.p.).

### **1.1 A FAMÍLIA NO PERÍODO COLONIAL E IMPERIAL BRASILEIRO**

Ao analisar-se a família constituída nessa época, percebe-se que a intenção dos portugueses no primeiro momento não era constituir família na nova terra colonizada, e sim, apenas explorá-la. O contato com as mulheres indígenas eram meramente com o propósito de satisfação amorosa e sexual, dada à facilidade de sedução que os portugueses exerciam sobre elas. Nesse sentido, é o que afirma José Sebastião de Oliveira em seus estudos:

O que se pode afirmar, fundado nos registros históricos é que dessa fase, não há registros de constituições de famílias no território do Brasil. O que no máximo existiu foram contatos físicos entre homens europeus e as mulheres indígenas da terra, que devido à sua ingenuidade, se transformavam em presa fácil na conquista amorosa do homem europeu, facilmente atraídas pelos elementos: curiosidade e novidade, que lhes despertava o homem que se apresentava com vestimentas diferentes dos demais homens de suas tribos que andavam nus ou seminus (OLIVEIRA, 2004, p. 34-35).

Conforme trazido na citação acima, os portugueses até mantinham relações amorosas com as mulheres indígenas que habitavam o Brasil naquela época, porém, sem intenção de fato de constituir família com os habitantes dessa terra. Seus relacionamentos eram devido à atração que as mulheres sentiam pelos europeus, que se aproveitavam da inocência da mulher indígena para manterem com elas relacionamentos. Na Colônia Brasileira, havia poucas mulheres portuguesas; as negras e as indígenas eram totalmente submissas aos portugueses e sofriam um preconceito ainda maior que as mulheres brancas (KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005, p. 40).

A família constituída naquela época sofria forte influencia da igreja católica, a qual, só se constitua família através do matrimônio. Logo os portugueses trouxeram para o Brasil tais normativas e, com elas, o modelo tradicional de família até então em voga na Europa, composto por homem e mulher perante a Igreja segundo as regras estabelecidas no catolicismo (XAVIER, 2016, p. 40-41).

Nessa senda, para que houvesse família, e que a descendência dos senhores de engenho fosse assegurada, foram trazidas mulheres europeias para que habitassem o Brasil, com o objetivo de manter a etnia europeia na terra colonizada, devido à preocupação dos jesuítas com a formação do povo mestiço que estava em ascensão. É o que afirmam, em sua pesquisa, Eliane Nilsen Konkkel, Maria Angélica Cardoso e Sandino Hoff, baseados na obra de Ribeiro:

Diante disso, os jesuítas e a metrópole cuidaram de importar para a Colônia mulheres brancas, com o intuito de reprodução e fixação do padrão étnico europeu: Fica claro [...] que as mulheres brancas seriam meras reprodutoras dos varões portugueses na colônia, e que a sua educação existia com esse objetivo. Nos casamentos, não havia laços afetivos e sim contratos econômicos acertados pelo pai e, na falta desse, pelo irmão mais velho (RIBEIRO, 2003, p. 82 *apud* KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005, p. 40).

No tocante ao tema, cumpre ser abordado que a submissão e a condição de ser inferior que era imputado a mulher do período colonial e imperial era indubitável, não havendo espaço para que ela exercesse nenhum outro papel dentro da família, pois não lhe cabia esse direito, diante de sua condição de inferioridade, incapacidade e incompetência que lhe eram preconceituosamente atribuídas às mulheres aquela época. Nesse sentido, assim dispõem Eliane Nilsen Konkkel, Maria Angélica Cardoso e Sandino Hoff:

Durante muito tempo, com algumas exceções, as mulheres não questionaram sua condição de subordinação, que variava de acordo com a hierarquia social. Pouco se comentava sobre as atividades da mulher, fosse ela imperatriz, senhora da fazenda ou escrava, mas o seu comportamento variava de acordo com a posição ocupada na sociedade colonial. As restrições que cercavam as mulheres da elite não eram as mesmas que recaíam sobre as escravas ou as mulheres brancas pobres (KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005. p. 40)

A mulher, para as Ciências Naturais, era tida como ser inferior, débil, mais propenso a doenças, menos inteligente, de musculatura escassa. O comando, portanto, deveria estar com os homens, porque as mulheres não possuíam inteligência nem mesmo para decidirem por si (AMARAL, 2011, p. 1). Cabe salientar que o casamento entre os europeus e indígenas em um dado momento do período colonial eram proibidos, pois não era permitido o casamento de gentio com pessoa da raça branca, fato que também impedia legalmente de existir família regularmente

constituída, através do vínculo do casamento entre os gentios e qualquer pessoa de origem europeia (OLIVEIRA, 2004, p. 35).

A permissão para esse tipo de casamento só ocorreu após o fim da escravidão indígena por meio da carta do Marquês de Pombal em 04 de abril de 1758, em que os filhos dessas uniões oriundas ou não de casamento, detinham o devido respeito pelos colonizadores que entendiam, por mais que a etnia não fosse pura, mas sim miscigenada, ser importante a perpetuação do sangue europeu circulando no novo solo conquistado (OLIVEIRA, 2004, p. 35).

Contudo, sobre o casamento nessa parte da história brasileira, cumpre frisar que era de longe sinônimo de afeto e companheirismo, e sim, uma mera formalização de um negócio constituído entre homem e mulher, no qual cada um sabia da função que lhe caberia, sendo o homem, o baluarte, o provedor do sustento da família, a quem a mulher e os filhos deviam total obediência, cabendo a mulher se limitar a cuidar dos afazeres de casa e de seus filhos. Nesse contexto, o homem saía para trabalhar e prover todo o sustento da família, enquanto a mulher ficava em casa para impor a ordem, cuidar dos filhos e garantir a tranquilidade do marido (KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005. p. 40). Inclusive, antes do casamento, elas viviam escondidas nas casas-grandes e sua virgindade era vigiada, pois “[...] o homem tinha de ter certeza de que os filhos gerados eram dele, para herdarem os seus bens” (RIBEIRO, 2003, p. 82 *apud* KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005. p. 40).

Xavier (2016, p.41) afirma, em sua pesquisa a partir de Freyre (1994, p.22-23), que “a família não se resumia, preferencialmente, em um ambiente de coexistência do poderio e da afetividade entre integrantes, mas ao mesmo tempo representava um centro político, econômico e social sólido que exerceria participação essencial na formação da sociedade brasileira”

Continuando a analisar a evolução das famílias instaladas na época do Brasil colonial, em um segundo momento, essa frieza das relações sem afeto que eram formadas meramente com o propósito de preservação da descendência, deu lugar a famílias com uma união de afetividade e harmonia, Dessa forma, as relações afetivas ganhavam espaço frente às formalidades e burocracias da fé católica. Homem e mulher se uniam segundo as vontades das partes, e era ao afeto o vetor na formação de um núcleo familiar (XAVIER, 2016, p. 42).

Para reforçar essa tese, Lucas Bittencourt e Xavier abarca trecho da obra de Mary del Priori:

[...] As africanas, por sua vez, vieram engrossar as “uniões à moda da terra”. Os portugueses já estavam familiarizados com elas, pois, desde o século XV, eram enviadas para Portugal. Trabalhando como escravas, em serviços domésticos e artesanais, acabavam se amancebando ou casando com eles. No Brasil, as coisas não foram diferentes. Daí as famílias de mestiços e mulatos. Da mesma maneira que as uniões de brancos com índias, ou de brancos pobres, as de brancos, mulatos e negros também não pressupunham o casamento oficial. As pessoas se escolhiam por que se gostavam, passando a morar juntas e a ter filhos (PRIORE, 2006, p. 83 *apud* XAVIER, 2016, p. 42).

Toda a evolução que ocorreu durante o período tido como período colonial, no Brasil, com relação às famílias que no Brasil viveram e se multiplicaram, tanto as que se mantiveram dentro do padrão do elemento branco colonizador, como as que se mestiçaram com os elementos indígenas e negros, sempre tiveram de se comportar segundo os padrões fiscalizadores das normas das ordenações do reino e da legislação extravagante da nação colonizadora e também das normas moralizadoras do Direito Canônico, impostas pela Igreja Católica (OLIVEIRA, 2004, p. 37).

Portanto, com base nos posicionamentos trazidos acima, pode-se afirmar que a família nesse período começou a evoluir no sentido de afeto, ainda que timidamente, devido às condições da época, dado o controle da igreja católica que mantinha o controle sobre o povo para que houvesse o casamento com todas as formalidades (OLIVEIRA, 2004, p. 37).

No período imperial brasileiro, a família era aquela disposta no modelo patriarcal, em que havia a pessoa do *pater*, que era o chefe da família, provedor do lar, magistrado e depositário de toda autoridade que possuía sobre todos os que viviam sob o seu amparo, o que incluía seus filhos, esposa e empregados, bem como aquela resultante dos vínculos do casamento, baseada nos fundamentos religiosos e com apreensão voltada aos bens patrimoniais (XAVIER, 2016, p. 44). Nesse diapasão, assim discorre Eni de Mesquita Samara em sua pesquisa:

O pátrio poder era, portanto, a pedra angular da família e emanava do matrimônio. No Brasil, assim como na sociedade portuguesa até o século XIX, o gênero também exercia influência nas relações jurídicas e a autoridade do chefe da família aparece como legítima na literatura e nos documentos da época, o que não significa que esses papéis, necessariamente, devessem existir dentro da rigidez com que estavam estabelecidos. Sabemos, no entanto, que apesar das

variações nos modelos familiares, o dominante era o de famílias extensas baseadas nas relações patriarcais (SAMARA, 2002, s.p.)

Assim, ao lado das grandes famílias patriarcais rurais, formou-se no período imperial, com a abertura dos portos e o desenvolvimento do comércio, também uma poderosa burguesia de grandes comerciantes (OLIVEIRA, 2004, p. 43). Nota-se, porém, que, no período imperial, sequer apresentava uma previsão concernente do casamento civil. Tal alusão ao enlace civil foi citada expressamente apenas em 1890, por ocasião do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, tendo-se este como lavra de Rui Barbosa, em razão do qual ficou extinta a jurisdição eclesiástica, decretando-se como único matrimônio, protegido e reconhecido, aquele celebrado frente a autoridades civis (CARVALHO, 2011, p. 89 *apud* XAVIER, 2016, p. 45-46).

A sociedade que aí se formou era uma mescla de etnias e origens diversas e mais difícil de ser controlada, apesar das tentativas da Igreja e da Coroa portuguesa. O número de celibatários era alto, proliferavam os concubinatos e a ilegitimidade era comum (SAMARA, 2002, s.p.). Além do núcleo em torno do *pater familias*, no período colonial brasileiro já se evidenciam outras formas e modelos de família, sacramentalizados pela Igreja Católica. De fato, a organização da família do Brasil colonial era predominantemente matrimonializada, nos moldes europeu-cristãos. Contudo, ela não era fundada apenas no casamento, mas também em concubinatos, adultérios e filho legítimos (XAVIER, 2016, p. 41).

Durante todo esse período colonial e imperial, pode-se afirmar que a família brasileira pouco evoluiu no que concerne à vivência com afetividade. Destarte, nesse período, o que predominava eram casamentos negociados, que eram formados em dado momento somente pela união de pessoas da mesma etnia. Uniões de etnias diferentes como no caso de portugueses com indígenas e africanos conforme se mostrará no estudo, sofriam muita resistência da Igreja Católica, contudo, os relacionamentos dessas etnias tornavam-se cada vez mais frequentes, em que se chegou ao ponto que o afeto era primordial para que esses povos de raças diferentes habitassem o mesmo lar e constituísse família, ainda que sob rejeição da Igreja Católica e ainda que não fosse o costume dessa época (CARVALHO, 2011, p. 89 *apud* XAVIER, 2016, p. 45-46).

Alves discorre, com base na obra de Gilberto Freire, que:

Gilberto Freire (1951, 1973) pesquisou e relatou a história da sociedade brasileira no período da colonização, explicitando como a nossa família, tanto no campo como na cidade, se formou a partir do regime patriarcal e sob a influência da miscigenação de três culturas: indígena, européia e africana.

Nesse contexto desenvolveu-se uma estrutura social em que a família funcionava como um núcleo composto pelo chefe da família (patriarca), sua mulher, filhos e netos, que eram os representantes principais; e um núcleo de membros considerados secundários, formados por filhos ilegítimos (bastardos) ou de criação, parentes, afilhados, serviçais, amigos, agregados e escravos. No comando tanto do grupo principal como do secundário, estava o patriarca, responsável por cuidar dos negócios e defender a honra da família, exercendo autoridade sobre toda a sua parentela e demais dependentes que estivessem sob sua influência (ALVES, 2009, p.2).

Nessa época, família estava longe de significar o que significa em tempos atuais, pois, a mulher estava longe de ter o papel e a força que exerce na atualidade, sendo naquela época conforme se demonstrou um ser que era visto como garantidora da descendência da família de seu senhor que a dominava. Por fim, a figura patriarcal reinava nesse período, tendo o homem no controle de tudo, devendo a todos da família prestar absoluta obediência (SAMARA, 2002, s.p.).

## **1.2 A FAMÍLIA SOB A ÉGIDE DA LEGISLAÇÃO DO SÉCULO XX**

No que concerne à família sobre a ótica do século XX, pode-se dizer que nessa época da história, existiam como figuras centrais desse modelo, as famílias matrimonial e patriarcal. Por outras palavras, o sentido do homem como o senhor das ações no interior da convivência matrimonial estava, juridicamente, inalterado no início do século XX (CAMPOS, 2013, p.9).

A família patriarcal era constituída a partir de casamentos legítimos, mas o domínio patriarcal se ampliaria através da mestiçagem e de filhos ilegítimos, resultado do poder sexual do senhor sobre suas escravas e mancebas (FARIA, 2001 *apud* DOMINGUEZ, 2021, s.p.)

O código Civil de 1916 protegia a família que era caracterizada pela formação a partir do casamento, em que o papel do pai era infinitamente mais relevante do que o papel da mãe dentro desse modelo de família instaurado, por isso a expressão família patriarcal. De proêmio, observa-se que a apontada legislação continha a

expressão “pátrio poder”, indicando que era o marido quem exercia os comandos da sociedade conjugal (DE PRETTO; DE PRETTO, 2018, p. 79).

Para ilustrar esse tipo de família, fundado no matrimônio de um lado e que é totalmente respeitosa ao poder do homem, pode-se citar os artigos 229 e 380 do Código Civil de 1916 que representam essa ideia de família constituída somente pelo casamento, tendo a figura masculina no centro do poder:

Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos. [...]

Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher (BRASIL, 1916).

Diante disso, pode-se dizer que esses artigos acima se tornam simbólicos para conceituar a família nesse momento histórico, fazendo que se tenha até nos dias atuais, muita discussão entre os historiadores devido às mudanças que houve na sociedade. Percebe-se, então, que a família patriarcal era o mundo do homem por excelência. Crianças e mulheres não passavam de seres insignificantes e amedrontados, cuja maior aspiração era as boas graças do patriarca (ALVES, 2009, p.5).

Ademais, enfatizando mais ainda o papel do marido no que tange ao domínio e gestão da família, o artigo 233 do Código Civil de 1916 (CC/1916), deixa claro que de fato o marido era o chefe da família, competindo representar a família, administrar seus bens e o da mulher de acordo com o regime de matrimônio pactuado, fixar e mudar o domicílio da família, autorizar ou não a profissão da mulher e sua residência fora do convívio conjugal e prover a manutenção da família. Portanto, ao marido cabia à representação legal da família, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher (DE PRETTO; DE PRETTO, 2018, p. 79).

Para a mulher, cabia de acordo com a redação do artigo 240 do CC/1916, assumir pelo casamento o sobrenome, chamado de apelidos do marido, tal como assumir também a condição de companheira e auxiliar nos encargos da família. A mulher tinha a função de cuidar dos filhos e da casa, e o dever de obediência ao marido, não podendo por exemplo exercer profissão sem a autorização deste (RIOS, 2012, p.8).

Segundo o artigo 242 do mesmo diploma, a mulher não podia praticar vários atos elencados em seus incisos sem a autorização do marido. Nesse contexto, cabe

salientar que somente o inciso primeiro em que dizia que ela não poderia praticar os atos que o marido também não poderia praticar parecia igualitário e justo. Contudo, dos incisos segundo ao oitavo do artigo 242 do CC/1916, teve um destaque negativo de que mais uma vez, o homem era quem ditava as regras e comandava integralmente a relação matrimonial, tendo como ênfase desse raciocínio que a mulher era proibida de alienar e gravar seus próprios imóveis de seu próprio domínio particular, seja qual fosse o regime de bens que fosse adotado, exercer profissão e também aceitar herança, tutela, curatela ou qualquer outro encargo público sem antes obter autorização do marido (RIOS, 2012, p.9)

Percebe-se que, ao se fazer a leitura do artigo mencionado, o mesmo contraria totalmente o princípio da isonomia nessa redação, pois ao marido era dada a liberdade sem o consentimento de sua esposa para determinados atos elencados no rol do artigo 242 do CC/1916, tendo em vista que tal dispositivo nada dizia a respeito, enquanto a mulher só poderia praticar esses atos se houvesse concordância de seu cônjuge. Deste modo, a ordem jurídica de 1916 reafirmava o desejo de se formar um modelo de mulher subordinada e dependente ao marido (MALUF; MOTT, 1998 *apud* CAMPOS, 2013).

Conforme se demonstrou até aqui, o casamento era o formador da família no Código Civil de 1916, sendo que o direito brasileiro não conhecia o divórcio naquela época, pois a lei do divórcio surgiu apenas em 1977, com a lei 6.515, portanto pode-se dizer que o casamento no Código de 1916 era indissolúvel, onde o artigo 315 do CC/1916 preceituava que a sociedade conjugal terminava: “I. Pela morte de um dos cônjuges; II. Pela nulidade ou anulação do casamento; III. Pelo desquite, amigável ou judicial” (BRASIL, 1916).

Cabe salientar que o código previa em seus artigos 317 e 318, o instituto do desquite que era bastante litigioso na época, o artigo 317 elencava as hipóteses em que se poderia pedir o desquite, sendo: “I. Adultério; II. Tentativa de morte.; III. Sevícia, ou injúria grave.; IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos” (BRASIL, 1916).

O desquite se dava também se houvesse de acordo com o artigo 318, o consentimento recíproco de ambos os cônjuges por mais de dois anos de casados, sendo manifestado perante o juiz homologado. O casamento, de base patrimonialista, era um instituto a ser preservado a qualquer custo, ainda que mediante a infelicidade de seus membros, uma vez que o sentimento interno da família era secundário diante

da necessidade de manutenção do instituto. O divórcio, no Código Civil de 1916, não era sequer previsto. Desse modo, percebe-se que existiam escassas possibilidades de se estabelecer o fim do casamento, porque o matrimônio válido deveria perdurar a princípio, até a morte de um dos cônjuges (RIOS, 2012, p.8).

Nos dizeres de Zacarias (2010, s.p.), o desquite era “Na República, significava somente a dissolução da sociedade conjugal e não de seu vínculo; era o desquite: casais separados dessa maneira não podiam contrair novo casamento civil”. Entretanto, no que concerne ao instituto do desquite preconizado nessa época, havia um preconceito enorme nesse período da história brasileira em relação as pessoas desquitadas, principalmente em relação as mulheres desquitadas, pois a sociedade brasileira não estava acostumada a concordar com facilidade o desquite,

Desquitados de ambos os sexos eram vistos como má companhia, mas as mulheres sofriam mais com a situação. As ‘bem casadas’ evitavam qualquer contato com elas. Sua conduta ficava sob a mira do juiz e qualquer passo em falso lhes fazia perder a guarda dos filhos (DEL PRIORI, 2005, p. 295 *apud* LOBO, 2018, p. 103).

Nesse sentido pode-se afirmar que as mulheres eram unidas aos seus esposos muito mais por uma relação de dever do que de prazer, sendo imprescindível afastar através de todas as formas o tão temido desquite (NUNES; ABREU, 2018, p.172).

Outra hipótese de haver a dissolução da sociedade conjugal na época de vigência do Código de 1916, em seu artigo 219, e que prevaleceu no Código Civil de 2002, no artigo 1.557, exceto o inciso IV, que foi revogado, era o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, que consistia na falta de conhecimento da fama e honra, ignorância de crime inafiançável com sentença condenatória, assim como a ignorância de defeito físico ou doença incurável que possa contagiar e por em risco o outro cônjuge. Entretanto, o inciso IV do artigo 219 do CC/1916 é sem dúvida o mais preconceituoso, complexo e desigual, tanto é que foi revogado no Código Civil atual de 2002. Assim, preceitua o inciso em questão: “Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: [...] IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido” (BRASIL, 1916). Sobre o dispositivo em análise, cabe trazer os dizeres de Ipojucan Dias Campos, com base na obra da historiadora Cláudia Fonseca:

Diz a historiadora Cláudia Fonseca que o Estado positivista desejava construir uma mulher ideal, sendo que a receita proposta envolvia um

mundo de imagens, quais sejam: “a mãe piedosa da Igreja, a mãe-educadora do Estado positivista, a esposa-companheira do aparato médico-higienista”. Ainda aprofunda a autora ao dizer que tais aspectos deveriam convergir à pureza, à castidade da mulher, mas para se complementarem de maneira honrosa essas exigências o fim deveria ser o conúbio com o corpo ainda virgem, caso contrário “o Código Civil previa a nulidade do casamento quando contratada pelo marido a não-virgindade da noiva” (CAMPOS, 2013, p.13).

Em contrapartida, o CC/1916 nada dizia a respeito do dever do homem se casar virgem, originando dessa maneira a violação mais uma vez do princípio da isonomia, em que os homens detinham infinitamente mais direitos que suas esposas. Nesse sentido o artigo 220 do CC/1916, corrobora essa afirmação pois dizia que dos incisos I ao III, ambos os cônjuges poderiam alegar para a solicitação da anulação, já o inciso IV somente o marido, conforme preceitua *in verbis*, “Art. 220. A anulação do casamento, nos casos do artigo antecedente, nºs I, II e III, só poderá demandar o outro cônjuge e, no caso do nº IV, só o marido” (BRASIL, 1916). Nesse diapasão, Ipojucan Dias Campos em seu magistério complementa com base na obra da historiadora Carla Bassenezi:

Outra historiadora que em muito ajuda nos diálogos a respeito da essencialidade da mulher virgem nas leis republicanas é Carla Bassanezi. Em interpretações que em muito se aproximam das de Cláudia Fonseca, a pesquisadora compreende que os Códigos Civil e Penal se encontravam em perfeita sintonia com os anseios masculinos, uma vez que como se propagandeava a castidade feminina antes do casamento, caso o recém-casado (o homem) percebesse não ter se consorciado com uma virgem poderia acionar o Código Civil para anular o ato solene, assim como lançar mão do Penal que poderia condená-la à prisão (CAMPOS, 2013, p.13).

Pode-se inserir que o dispositivo supracitado afronta totalmente a igualdade entre o homem e a mulher, cabendo salientar que feria diretamente a dignidade da pessoa humana, no tocante ao ser feminino que, o marido poderia anular o casamento, se a mesma não fosse mais virgem. Como se a virgindade da mulher fosse algo que não pertencia a ela, e sim do cônjuge que tinha o direito de se casar com uma mulher virgem, sob pena de anulação do matrimônio. Percebe-se dessa forma que, durante séculos esteve arraigada na cultura a questão da inferioridade feminina, por conseguinte foram reproduzidos costumes, pensamentos e valores que evidenciaram uma desigualdade entre os gêneros, em que se pode visualizar isto no artigo 219, inciso IV, do Código Civil de 1916 (CC/1916), que trazia como hipótese de

erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge o defloramento da mulher, ignorado pelo marido (NUNES; ABREU, 2018, p.173).

No tocante ao tratamento dado aos filhos nessa parte da história brasileira, cumpre ser abordado alguns aspectos de como eram tratados os filhos tidos nessa época. O código civil de 1916 fazia expressa distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos trazendo definição para os filhos legítimos em seu artigo 337 CC/1916, que era considerado legítimos aqueles concebidos na constância do casamento e dos ilegítimos em seu artigo 355 do CC/1916, preceituando que poderiam ser reconhecidos pelos pais conjuntamente ou separadamente, fazendo uma ressalva no artigo 358 que filhos frutos de adultério e de relações incestuosas não poderiam ser reconhecidos. Somente no casamento existiria a legítima descendência, onde os filhos eram presumidamente conjugais e não sofriam as discriminações da prole preterida, subdividida em filhos ilegítimos, espúrios, naturais e incestuosos (MADALENO, 2017, p. 49).

Nesse contexto, Lobo (2018, p. 21) assevera que: “A origem biológica era indispensável à família patriarcal e exclusivamente matrimonial, para cumprir suas funções tradicionais e para separar os filhos legítimos dos filhos ilegítimos”. Os filhos legítimos eram protegidos pela presunção *pateris est quem nuptiae demonstrant* (é o pai aquele que o matrimônio como tal indica). Os filhos ilegítimos eram os nascidos fora do casamento, das relações extramatrimoniais, e eram divididos em naturais ou espúrios (GILDO, 2016, s.p.).

Os naturais eram os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial. Os espúrios eram os nascidos de pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se dividiam em adúlteros e incestuosos (GONÇALVES, 2014, p. 22). Nesse diapasão, Nathália Gildo define o que seria filhos adúlteros e incestuosos:

Os adúlteros se davam sempre que um dos pais ou ambos, eram casados com outra pessoa no momento da concepção ou nascimento da criança. Denominava-se filiação adúlterina, quando o pai, a mãe ou ambos mantivessem vínculo conjugal com outra pessoa no momento da concepção ou do nascimento da criança. Os filhos adúlteros poderiam ser divididos em a matre, a patre ou a matre e a patre. Havendo impedimento para o casamento dos pais resultante de grau muito próximo de parentesco, os filhos eram classificados em incestuosos (GILDO, 2016, s.p.).

Complementando aduz Mafalda Lucchese que Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos (fruto do relacionamento entre duas pessoas para as quais há impedimento legal para o casamento, decorrente de vínculo de parentesco) e, os adulterinos (resultantes da união entre duas pessoas, sendo uma ou ambas legalmente casadas com terceira pessoa) (LUCHESE, 2012, p.233). Entretanto, aos pouco a legislação brasileira, ainda que muito devagar e com certa resistência, foi reconhecendo o direito desses filhos ditos ilegítimos, o que se pode citar como exemplo a edição do Decreto Lei 4.737/1942 e a Lei 883 de 1949 que dizia sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Contudo só permitiam esse reconhecimento após o desquite.

No que concerne ao instituto da mulher casada, Lei nº 4.121, de 1962, foi o primeiro marco legislativo em um reconhecimento da mulher como ser detentora de direitos, ainda que muito aquém, mas um início de mudança. Como, por exemplo, pode-se citar que até 1962 a mulher para trabalhar precisava da autorização de seu marido, o que com o advento do Estatuto, esta já podia trabalhar sem a interferência do marido. Apesar de o referido Estatuto não ter suprido totalmente as expectativas das mulheres, ele trouxe mudanças significativas, se tornando um marco histórico importante na luta pela igualdade de gênero (LOPES; BORGES, 2020, p.15).

O primeiro grande marco legislativo para romper com a supremacia masculina foi o Estatuto da Mulher Casada, de 1962. O estatuto veio somente trinta anos depois da primeira conquista efetiva dos direitos da mulher, qual seja o direito ao voto feminino (AIRES, 2017, s.p.). O Estatuto da Mulher Casada retirou da mulher casada a condição de subalternidade e discriminação em face do marido, principalmente no que se refere à odiosa condição de relativamente incapaz (LOBO, 2018, p.32).A principal mudança foi justamente a nova redação dada ao artigo 6º do Código Civil de 1916, que finalmente retirou a condição de incapacidade relativa a certos atos da mulher casada (LOPES; BORGES, 2020, p.15).

### **1.3 A GUINADA LEGISLATIVA: OS DESDOBRAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA A ENTIDADE FAMILIAR**

Assim como o corpo humano é formado por diversas células, a sociedade é formada por famílias. Estas compõem o Estado e definem a cultura e o sistema social

adotado no local (PICCINI *et al*, 2020, s.p.). Após a promulgação da Constituição do Brasil de 1988, a entidade familiar passou por grandes mudanças em termos de igualdade entre homens e mulheres e filhos, com isso, trouxe como consequência uma nova visão jurídica e jurisprudencial para determinar o respeito aos princípios nela elencados, como a igualdade, a liberdade e o super princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, essa igualdade trazida de maneira expressa foi o grande marco para as famílias brasileiras no que se refere à família como célula base detentoras de direito (VASCONCELLOS, 2014, p.19).

Nesse sentido, o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 preceitua em seu caput que: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988). Como se viu até aqui, a família é constituída por um grupo de pessoas com algum grau de parentesco ou afinidade e que vivem no mesmo local chamado de lar ou casa. Entretanto, na atualidade, existem além do tipo de família trazida pela Carta Magna que é a família tradicional, existem diversos outros tipos de famílias existentes e reconhecidas no Brasil.

A família tradicional, basicamente é formada pela união de duas pessoas que se dá através do matrimônio, também conhecido como casamento. Após essa união, naturalmente irá gerar filhos, sendo esse modelo de família enraizado no Brasil desde os tempos idos, até ser consagrado pelo dispositivo constitucional que preceitua no artigo 226, §3º, que: “§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

Denota-se em um primeiro momento que o Estado não só protegia como também facilitava a conversão do casamento heterossexual. Contudo, essa premissa criada pelo legislador que positivou somente esse modelo de família, foi sendo superada, até chegar às diversas formas de famílias existentes na sociedade brasileira, portanto, a família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental (MADALENO, 2017, p.88).

Nesse sentido, cabe ressaltar que mesmo com a Constituição de 1988 em vigor, conhecida como Constituição cidadã, o Código Civil ainda vigente era o de 1916, o que se tornava uma colisão de direitos e princípios desse diploma com a

Constituição promulgada, levando ao julgador sempre quando fosse julgar demandas relativas à família, mulher e a criança, se basear na constituição em detrimento do Código Civil existente. Conforme discorre Vasconcellos (2014, p.14), “A Constituição Federal de 1988 (CF), dispõe em seu artigo 226, que família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado, sendo, portanto, digna de toda tutela jurídica a que faz jus”.

A família é de extrema importância para o ordenamento jurídico pátrio, pois se propõe como base da sociedade, e a própria Constituição da República utiliza esse termo ao definir a família no artigo 226 da Constituição Federal, que afirma claramente que a família, base da relação em sociedade, recebe proteção especial do Estado (MADALENO, 2017, p.87). Entre os vários modelos de famílias existentes e reconhecidas atualmente no Brasil, abordar-se-ão breves comentários acerca de algumas espécies de famílias que foram surgindo e evoluindo conforme preceituam a lei, doutrina e jurisprudência, As famílias que serão abordadas serão a matrimonial, informal, monoparental, anaparental, socioafetiva, homoafetiva, mosaico, natural, substituta e eudemonista.

A matrimonial, como já visto acima, é a família clássica, sendo a mais antiga do direito brasileiro, que consiste no casamento entre homem e mulher. Esta realidade, felizmente, já não se perdura mais, pois foram inseridas na legislação outras formas possíveis de família, bem como passou a se reconhecer os filhos, sejam os adotivos ou aqueles havidos fora do casamento (PICCINI *et al*, 2020, s.p.). Assim sendo, como abarca Dias (2016, p.235) até 1988, o casamento era a única forma admissível de formação da família. Foi com a entrada em vigor a atual Constituição Federal, que houve o reconhecimento de outras entidades familiares.

É o que se afirma nos dizeres de Madaleno:

Com o passar dos tempos e a evolução dos costumes sociais, a união estável foi posta constitucionalmente ao lado da família do casamento, a merecer a proteção do Estado e figurar como essencial à estrutura social, sendo que o casamento, diferentemente da união estável, dispõe de todo um complexo de dispositivos no Código Civil destinados à sua formal, precedente e legítima constituição e sua eventual dissolução (MADALENO, 2017, p.49).

Portanto, a Constituição Federal reconhece em seu artigo 226 a pluralidade familiar a partir do momento em que o matrimônio deixa de ser a única forma de

reconhecimento de formação familiar e passa reconhecer como família também, aquela formada pela união estável e quando também reconhece expressamente a família monoparental (SANTOS, 2020, s.p.). A família informal é aquela que surge da uma união estável, que está abarcado no texto maior em seu artigo 226 §3º como já trazido alhures, assim como também está preceituado no Artigo 1.723 do Código Civil de 2002, oportunidade em que traz expressamente o texto:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002).

Nessa senda, apesar de não ser considerado como entidade familiar, cumpre ser realizado um breve apontamento acerca do concubinato, que é aquela relação trazida pela Lei do homem e da mulher que são impedidos de casar, mas mantém encontros não esporádicos, conforme preceitua o artigo 1.727 do Código Civil de 2002: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato” (BRASIL, 2002). Nesse diapasão, preceitua Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti em sua pesquisa:

Podemos verificar que o Código Civil faz nítida diferença entre “concubinato” e “união estável”, salientando a importância da lealdade e da monogamia. Percebemos, assim, que a nova legislação não aceitou o concubinato adúltero ou incestuoso como entidade familiar, por outro lado, definiu a situação jurídica dessas relações extramatrimoniais consideradas como concubinato, como sociedade de fato, aplicando-se as regras do direito das obrigações. Portanto, o concubinato de hoje não pode ser considerado como entidade familiar e só poderá receber as regras do direito das obrigações, já que é considerado como uma sociedade de fato entre pessoas. Assim, vemos que não é permitida, nestes casos, a aplicação das regras de direito de família (CAVALCANTI, 2009, s.p.).

Portanto, o concubinato apesar de ser inserido na legislação civil, não goza dos direitos de família em sentido amplo como no caso da união estável, fazendo o legislador à diferenciação expressa no diploma civilista entre esses dois institutos, entretanto, apesar da Lei não considerar o concubinato como entidade familiar, a mesma detém direitos concernentes as obrigações por terem de fato uma junção e consequentemente uma obrigação entre duas pessoas. Para Madaleno (2017, p.49-50) “O denominado concubinato, em 1988 foi alçado à condição de entidade familiar

com o advento da vigente Carta Federal, trocando sua identidade civil pela expressão consolidada de união estável”

Concubinato corresponde às relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de se casarem ou constituírem união estável. O que antigamente era chamado de concubinato puro, coma entrada em vigor do Código Reale passou a ser referido como união estável (COELHO, 2012, p.309).

Dando prosseguimento aos tipos familiares tem-se existente a família monoparental abarcada expressamente pela Constituição Federal em seu artigo 226, § 4º, *in verbis*: “§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988). Família monoparental, por sua vez, é aquela na qual vive um único progenitor com os filhos que não são ainda adultos (OLIVEIRA, 2009, p. 72).

Portanto família monoparental é aquela em que decorrente do falecimento, separação ou abandono de um companheiro em detrimento do outro, ou seja, na ausência do pai ou da mãe, seja por qual motivo for, aquele que ficou com os descendentes para prover o sustento, assume também o dever que caberia a esse companheiro que não mais habita essa casa, prestando uma espécie de dupla função, sendo no caso, “o pai e a mãe” ao mesmo tempo desses filhos. Para Vasconcellos (2014, p.49) “Independentemente do motivo que levou o pai ou a mãe a conviver sozinho com sua prole, essa família é reconhecida pela Constituição Federal de 1988, no artigo 226, § 4º, e possui a tutela jurídica dos direitos inerentes a essa modalidade de família”

Portanto, a família monoparental refere-se ao grupo familiar que possui apenas um genitor ou genitora, o qual terá papel principal na criação, educação e manutenção dos filhos (PICCINI *et al*, 2020, s.p.). Diante deste dispositivo constitucional, tem-se a previsão expressa das famílias monoparentais, onde tem o reconhecimento como família a união entre qualquer dos pais (pai ou mãe) e os seus filhos, independentemente do vínculo entre os pais (MIRANDA, 2014, p.68).

Nesse sentido, Maressa Maelly Soares Noronha e Stênio Ferreira Parron discorrem, em sua pesquisa, que:

São as denominadas sociedades monoparentais que correspondem a uma parcela significativa da realidade de muitos brasileiros, seja em decorrência natural da estrutura organizacional familiar, ou pelo considerado avanço tecnológico (inseminação artificial), bem como

privilégios conferidos pelas normas, como são os casos de adoção por pessoas solteiras que possuem efetivamente condições econômicas e principalmente morais para cuidar do menor. Salienta-se que, apesar de gozar do amparo estatal, tal entidade não possui seus direitos infraconstitucionais devidamente regulados, o que constitui silêncio por parte do Legislativo, merecendo ser colocada em foco (NORONHA; PARRON, 2017, p.16-17).

Importante se atentar que os pesquisadores acima, trazem uma indagação muito pertinente no que concerne aos direitos dessas sociedades monoparentais chamadas por eles em que o legislador apesar de abarcar constitucionalmente o reconhecimento desse modelo de família, ainda é silente no que tange a regulamentação por leis federais para regulação desse tipo de família. Santos (2020, s.p.) discorre, em sua pesquisa, que “A família monoparental, é um modelo familiar que sempre existiu, em razão daquelas pessoas que criavam e educavam sua prole sozinhas, tendo então um aumento, principalmente por motivos de divórcio”.

No tocante a sociedade monoparental, pode-se dizer que também se trata de relação protegida pelo vínculo de parentesco, seja de ascendência ou descendência, podendo ser constituída, por exemplo, por pais viúvos ou solteiros, mães que recorrem à inseminação artificial, ou ainda, pais divorciados, biológicos, adotivos ou afetivos (PICCINI *et al*, 2020, s.p.).

A família anaparental é aquela decorrente do não convívio dos pais com a prole, devido a estarem morando distante, por morte ou por estarem incapazes de criarem os filhos. Assim sendo, Vasconcelos (2014, p.54) conceitua esse tipo de família sendo “aquela formada por irmãos, primos, amigos, ou seja, por pessoas ligadas pelo vínculo sanguíneo ou não com o objetivo de constituir uma família”. De acordo com os dizeres de Vianna:

A família anaparental é aquela constituída basicamente pela convivência entre parentes dentro de uma mesma estrutura organizacional e psicológica, visando a objetivos comuns, que residem no mesmo lar, pela afetividade que os une ou por necessidades financeiras ou mesmo emocionais, como o medo de viver sozinho. Como exemplo de família anaparental, podemos destacar: dois irmãos que residam juntos: primos que residam na mesma casa ou, ainda, sobrinhos que residam com tios (VIANNA, 2011, p. 522).

Para Piccini *et al*, (2020, s.p.), entende-se por família anaparental aquela constituída entre pessoas que possuem relação socioafetiva entre si, decorrentes da

comunhão de vida, instituída com a finalidade de convivência familiar. A família socioafetiva é aquela formada com base primordial no afeto. Se em todos os tipos de família e convivência familiar o afeto é fator que não se pode faltar, nesse tipo de entidade familiar, esse elemento mais importante acima de tudo. É nesse tipo de família que tem a figura do pai ou mãe de criação, que cria uma pessoa como se fosse de fato pais biológicos dessa pessoa, muitas das vezes sem adotar ou formalizar a documentação de filiação socioafetiva desse filho que criou. Na ótica de Gisele Leite:

A família socioafetiva é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, erigindo-se como novo elemento do direito contemporâneo brasileiro, incorporando os princípios constitucionais vigentes. A afetividade finalmente invade a ciência jurídica transcendendo os aspectos meramente psicológicos, sociológicos ou morais. De acordo com o magistral Caio Mário em muitas ocasiões peculiares no mundo jurídico foram assumidas as relações de afeto, com a força típica de definição judicial, a expressão "filho de criação" manifesta comprovadamente o estado de filho afetivo ou a posse de estado de filho (LEITE, 2016, s.p.).

Consequentemente, denota-se que a finalidade do amparo jurídico é legítima, afinal, teoricamente os membros da família socioafetiva se comportam e se relacionam como se fossem unidos biologicamente, de modo que, notório é sua luta pelo direito assecuratório, à medida que são famílias como tantas outras, talvez, mais "famílias" que as famílias tradicionais (CONCIANI; RODRIGUES, 2014, p.118). No que concerne à família homoafetiva, Vasconcellos (2014, p.50) diz que "a união entre pessoas do mesmo sexo se apresenta como uma realidade há tempos verificada e que, durante anos, quedou-se no limbo, sem uma devida atenção da sociedade e do Direito".

Firme nesse sentido, cabe salientar os dizeres de Maria Berenice Dias:

A homossexualidade sempre existiu. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI. É simplesmente, nada mais, nada menos, uma outra forma de viver, diferente do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos ser alvo de exclusão social (DIAS, 2016, p.459).

Nesse diapasão, conforme abarca, em sua pesquisa, Santos (2020, s.p.), "O Estado não pode ser omissivo em razão de preconceitos enraizados, em razão do

conservadorismo, a união estável homoafetivas devem ter o seu reconhecimento”. Nessa senda, foi reconhecida jurisprudencialmente por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, o reconhecimento explícito da união e conseqüentemente família homoafetiva, que pôs fim ao preconceito do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, reconhecendo também como entidade familiar aquela oriunda da união casais do mesmo sexo. O Direito Brasileiro passou a tratar a união entre pessoas do mesmo sexo como comunidade equiparada à união estável. A culminância de tal conclusão se deu com a histórica decisão do STF de 5 de maio de 2011, publicada no seu Informativo nº. 625 (TARTUCE, 2012, s.p.).

Importante destacar que, o que fez a Suprema Corte chegar nesse denominador entre várias concepções relevantes, foi o fato do super princípio da dignidade da pessoa humana e da busca da felicidade servirem como estrutura central para a realização desses casais do mesmo sexo como pessoas detentoras de direito conjugal. A união homoafetiva é apoiada no afeto mútuo e pela vontade das partes em constituir uma família, sendo priorizado o amor, o carinho e o relacionamento do casal (PICCINI *et al*, 2020, s.p.).

Outra conquista importantíssima para a família homoafetiva foi à resolução do Conselho Nacional de Justiça, CNJ, que regulamentou a Resolução Nº 175 de 2013, sobre a habilitação e celebração de casamento ou conversão em união estável entre pessoas do mesmo sexo, proibindo as autoridades de se negarem a fazer sob pena de sanções, conforme dispõem em seus artigos *in verbis*:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013)

A união homoafetiva, passou a ser uma realidade jurídica e social, fundamentada na afetividade e resguardada pelo direito de igualdade (CONCIANI; RODRIGUES, 2014, p.123). A família mosaico, também conhecida como família reconstituída ou pluriparental, é aquela formada por novas uniões matrimoniais de quem estava divorciado e possuía filhos oriundos do relacionamento anterior, em que advindo essa nova união, resultará em mais filhos que deverão ser educados e bem cuidados de forma igualitária, sem distinção e descriminalização. A Família

Pluriparental, também denominada de Família Mosaico é uma espécie de entidade familiar que resulta da pluralidade de relações parentais (VIANNA, 2011, p.522).

Na ótica de Vasconcellos:

Assim, ela pode ser conceituada como aquela formada por pessoas que já possuem filhos de outros relacionamentos e os trazem para sua nova família, onde todos convivem juntos, ou seja, um pai ou uma mãe que decide conviver com outra pessoa traz para esse relacionamento os filhos oriundos de relacionamento anterior, vivendo em um mesmo lar, pai, mãe, filhos e enteados, sendo que a família vai se moldando de acordo com a variedade de membros (VASCONCELLOS, 2014, p. 55).

A especificidade peculiar da família mosaico decorre na organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos (DIAS, 2016, p.146). A título de exemplo, Flávio Tartuce elucida que:

[...] imagine-se um caso em que A já foi casado por três vezes, tendo um filho do primeiro casamento, dois do segundo e um do terceiro. A, dissolvida a última união, passa a viver em união estável com B, que tem cinco filhos: dois do primeiro casamento, um do segundo, um do terceiro e um de união estável também já dissolvida. No caso em questão, haverá uma família mosaico que, sem dúvida, deve ser reconhecida como entidade familiar (TARTUCE, 2017, p.36).

No que tange à família natural, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA traz, expressamente, no artigo 25, que:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.  
Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (BRASIL, 1990).

Dias (2016, p.245) dispõe sobre esse modelo de família que “A lei exige que já exista um vínculo de convivência, afinidade e afetividade da criança com algum parente como família extensa”. Tal disposição legal ainda garante à criança ou ao adolescente o direito a ser criado no núcleo de sua família biológica ou socioafetiva.

Ressalta-se que dentro da família natural encontra-se a extensa, que é aquela além dos pais e filhos, formada por outros parentes próximos com vínculo de afetividade, ou seja, avós, tios, primos (PICCINI *et al*, 2020, s.p.).

A família substituta é aquela prevista no artigo 28 do ECRID e dispõe que: "Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei" (BRASIL, 1990). Para Dias (2016, p.247), "O Estatuto da Criança e do Adolescente não define o que seja família substituta (ECA, 28), mas a tendência é assim definir as famílias que estão cadastradas à adoção".

A família substituta é uma espécie de família que consiste em substituir em caráter temporário ou permanente a família natural da criança, adolescente e até mesmo de adultos (adoção de maiores) (VIANNA, 2011, p. 518). A Família eudemonista é aquela família unida por vínculos de afetividade, não sendo por vínculos jurídicos ou biológicos. Nesse tipo de família, pode-se dizer que tem como pilar a busca da felicidade como objeto principal para a convivência dessas pessoas que apesar de não terem vínculos biológicos, gostam-se, amam-se e cuidam uma das outras como se existisse um vínculo maior entre elas.

A afetividade sem vínculo biológico é o que caracteriza essa família. Ela está presente nos casos, por exemplo, em que um indivíduo se une a uma gestante ou mulher com criança muito nova e cria o vínculo de pai, porém, depois de período suficiente para desenvolver o vínculo, separa-se da mulher (PICCINI *et al*, 2020, s.p.). Conforme preceitua Dias:

A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8.º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram (DIAS, 2016, p. 248).

Portanto, o vínculo entre os integrantes desta entidade familiar é afetivo e não somente jurídico ou biológico, É um conceito de família que diz respeito à família que busca a realização plena de seus membros (VIANNA, 2011, p.524). No tocante ao

reconhecimento da busca pela felicidade nas relações familiares como se observou acima na doutrina eudemonista, Souza preleciona em seu estudo que

a afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. Os laços de afeto ganharam tamanha importância na prática do direito de família que acabam sendo mais relevantes até do que os laços de sangue, que devem prevalecer quando houver conflito biológico, exceto se o princípio da dignidade da pessoa humana ou o do melhor interesse da criança mostrarem outra indicação (SOUZA, 2013, p. 14-15).

Pode-se dizer que não existe família se não pelo afeto, o vínculo de união e amor que liga determinados indivíduos quando reconhecido e tutelado como família, é, sobretudo, garantia da dignidade da pessoa humana e da busca pela felicidade (SANTOS, 2021, s.p.). Para Dias (2016, p.85), “O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais”.

No que concerne ao reconhecimento e equiparação da filiação socioafetiva e biológica, a filiação socioafetiva é aquela derivada do amor e do afeto entre os envolvidos, sem vínculo biológico. O exemplo mais comum é do padrasto que cria o enteado como se seu filho fosse, na chamada posse de estado de filho, em que se tratam como pai e filho e mantém um vínculo muito forte de afeto, fazendo com que toda a sociedade e todos que os conhecem os tratem como pai e filho. A filiação socioafetiva se refere à efetiva convivência, com características de afeto, respeito e demais direitos e deveres na ordem familiar (FLEMING, 2019, s.p.).

A partir disto nós temos duas maneiras para que essa filiação seja reconhecida, ela pode ser feita via judicial ou extrajudicial diretamente em cartório. O reconhecimento da filiação socioafetiva em cartório somente pode ser feita se os filhos forem maiores de 12 anos de idade (OLIVEIRA, 2019, s.p.).

Isto é, a pessoa se dirige ao cartório, informa que deseja reconhecer a filiação e é lavrada nova certidão de nascimento. É o que confirma o provimento 63 de 2017 do CNJ, em seu artigo 10, “Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Inclusive, é possível que se reconheça a filiação socioafetiva de dois pais ou

duas mães, mantendo-se na certidão de nascimento o nome do pai ou da mãe biológica, acrescentando-se o nome do pai ou mãe socioafetivo. É o que confirma o artigo 11, § 3º do Provimento nº 63, de 2017.

Cumpre, ainda, salientar que tal provimento surgiu em decorrência do tema de Repercussão Geral 622 do Supremo Tribunal Federal que ao julgar o Recurso Extraordinário, RE 898.060 firmou a tese 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” (BRASIL, 2016)

No julgamento em análise, entre vários aspectos determinantes, foi considerado entre outros pelos eminentes Ministros, a questão da dignidade da pessoa humana e da busca da felicidade, que segundo ementa está implícita juntamente no artigo 1º, inciso III da CFRB 1988, e da paternidade responsável insculpida no artigo 226, § 7º da CFRB 1988, sendo determinantes para a fixação da tese de repercussão geral.

## 2 O INSTITUTO DA REABILITAÇÃO PENAL EM EXAME

Antes de adentrar na reabilitação penal, cumpre se fazer um breve apontamento nesse tópico sobre a história e evolução do direito penal pelo mundo e pelo Brasil. Ao se falar sobre Direito Penal, pode-se dizer que é como falar da história da própria humanidade, sendo que, desde que o homem se entendeu como indivíduo e como ser pensante e detentor de direito, em que necessitava de relacionamento, começou a existir a punição, o castigo, a defesa e o arbitramento. Sobre o povo que vivia nessa época Daher (2012, p. 21) discorre em sua pesquisa que “Eles viviam conforme seus instintos, não se preocupavam se era justo ou não o que se estava fazendo, nem de havia algum tipo de relação ou não com o ato praticado”.

Dito isso, cabe remeter-se ao período primitivo e discorrer sobre a fase da vingança divina, em que, Souza traz, em sua pesquisa, os dizeres de Capez:

O direito penal, inicialmente, foi concebido como uma forma de exercer a vingança divina contra infratores, cujos crimes despertavam a cólera dos deuses (totem) e colocavam em risco a existência de toda a sociedade ou grupo. Com efeito, em tempos remotos da história da humanidade, a mística e a superstição dominavam o direito penal, de modo que fenômenos naturais eram interpretados como castigos divinos aos crimes cometidos, os quais deveriam ser reprimidos para evitar tragédias enviadas pelos deuses, por meio de catástrofes. Tempestades, incêndios, furacões, terremotos, longa estiagem, dentre outras desgraças, todas explicadas pela ciência hoje, eram interpretados como exteriorizações da ira superior das divindades (CAPEZ, 2003, p.02, *apud* SOUZA, 2018, p. 20).

Portanto, a vingança divina consistia no castigo que era atribuído aqueles indivíduos que desagradavam aos deuses, pois se acreditava nas divindades e que essas divindades necessitavam de castigos de vidas humanas para desagrá-las, ou seja, para que o homem pudesse ser perdoado. Não se tinha conhecimento de que ventos, chuvas trovões, raios, secas etc. decorriam de leis da natureza, levando pessoas a acreditarem que esses fenômenos eram provocados por divindades que os premiavam ou castigavam pelos seus comportamentos (CUNHA, 2016, p. 43).

Vioto e Moreira (2016, p. 3) discorrem que “essa punição ocorria no sentido de satisfazer os Deuses, pois acreditava – se que tinha ocorrido uma “ofensa” a eles quando a violação dessas regras. E se essa punição não ocorresse atrairia para

aquela sociedade a ira dos deuses”. Nesse diapasão, Fadel abarca em sua pesquisa que:

Neste período, acreditava-se que os Deuses eram guardiões da paz e eventual crime cometido era considerado uma afronta às divindades. Para que a tranqüilidade fosse restaurada, sacrifícios humanos deveriam ser realizados. Deste modo, mediante a prática de um único ato, três medidas eram adotadas: satisfazia-se o Deus maculado, punia-se o ofensor e intimidava-se a população para que não mais praticasse atos considerados criminosos. O período caracterizou-se, também, pela crueldade das penas: quanto maior a importância da divindade agravada, mais atroz seria a punição (FADEL, 2012, p. 62).

Por conseguinte, a perda da paz de uma tribo, de um grupo ou de um povo era um castigo da divindade por algo feito contra essa divindade, só se podendo retomar a paz para aquele povo através do sacrifício de indivíduos que de alguma forma houvessem desagradado esses deuses (DAHER, 2012, p. 22). Em seguida, houve a chamada vingança privada, que consistia naquela feita entre particulares. Esse recorte da história do direito penal dizia respeito a uma espécie de vingança de um indivíduo ou grupo para com outro, para que houvesse um sentimento de punir preenchido (CUNHA, 2016, p. 44).

Nos dizeres de Vioto e Moreira (2016, p. 4), “essa punição se baseia sendo aquela vingança exercida pelas próprias mãos, onde qualquer indivíduo utilizando – se de seus próprios meios punia quem considerava um transgressor das regras de convivência”. Isto é, se matasse alguém de uma família, essa família se vingaria e mataria outro indivíduo oriundo dessa família que assassinou a primeira vítima, podendo-se dizer que funcionava como um dito popular que diz “aqui se faz aqui se paga”. Reina, portanto, nesse recorte do direito penal a justiça com as próprias mãos, não havendo o Estado juiz, nem leis e nem tampouco alguém que aplique e arbitre a sanção na mesma proporção que exige o caso (DAHER, 2012, p. 21-22). Nesse sentido, Souza abarca, em sua obra, com dizeres de Capez que:

Evoluiu-se depois para a fase da vingança privada, na qual o homem passou a fazer justiça com as próprias mãos, mas quase sempre retribuindo o mal recebido com brutalidade desproporcional. O direito penal consistia na autotutela e esta resumia-se à mera vingança. Quando a infração penal era cometida por um membro do próprio grupo, a punição, em regra, era o banimento, conhecido como perda da paz, fazendo com que o infrator ficasse desprotegido, à mercê de tribos rivais. Se a ofensa fosse praticada por alguém estranho à tribo,

a punição seria vingança contra todo o seu clã, incidindo, inclusive sobre pessoas inocentes. Era uma vingança violenta e quase sempre desmesurada. Não se observava sequer a conhecida lei da física da reação igual à ação. A ofensa a um indivíduo de outra tribo era encarada, muitas vezes, como uma ofensa a toda a comunidade, gerando reações coletivas e rivalidades eternas (CAPEZ, 2003, p. 02 *apud* SOUZA, 2018, p. 22).

Dando prosseguimento a essa temática, como não existia limites para a vingança privada, não existiam regras e Leis para regular o poder dos homens de punirem uns aos outros, poderia se ter diante disso, tribos e povos sendo dizimados. Para que houvesse uma razoabilidade dessas práticas, surgiu a Lei de talião que advém com o código de Hamurabi, em que, apesar de ser considerada uma codificação bárbara, a Lei de Talião surge como uma singela noção de proporcionalidade (FADEL, 2012, p. 62)

Isso se deve ao fato da Lei regular entre outras coisas, que, com a morte de um indivíduo de uma tribo, não era justo que se sacrificassem várias pessoas da outra tribo. Por conseguinte, pelo fato dessa lei advir do código de Hamurabi que tinha leis escritas, preceituando essa proporcionalidade proposta por Talião por ela regular esse início de senso de justiça, foi considerado por muitos historiadores que a Lei de Talião seria o princípio do Direito Penal (VIOTO; MOREIRA, 2016, p. 3).

Contudo, ao vigorar a Lei de Talião, com o passar do tempo, percebeu-se que já não mais era vantajosa, pois, muitos homens estavam sendo mutilados, não podendo prover o sustento de suas famílias e não podendo participar das guerras para seus povos em que os exércitos careciam de material humano para vencerem as batalhas. Nesse contexto, surge à composição voluntária que disciplinava que o perdão poderia ser comprado, poderia ser composto (DAHER, 2012, p. 22).

Portanto, ao invés de satisfazer a pretensão de punir fazendo o autor de o delito pagar essa sanção com o seu corpo, poderia fazer esse indivíduo pagar com dinheiro, ou seja, havia-se uma negociação. Diante disso, quem dispunha de mais bens poderia comprar o seu perdão e as pessoas menos desfavorecidas quedavam-se em cair na Lei de talião, pagando com o próprio corpo ou mesmo com a própria vida (FADEL, 2012, p. 62).

Na vingança pública, foi o momento em que o Estado assume a vingança, passando a ser dever estatal manter a ordem e fazer a justiça. No entanto, as práticas de como o Estado fazia a justiça eram arbitrárias e cruéis e pior, mantinham a nobreza

e o clero no poder, ou seja, a vingança, as penas, era aplicada para classe que não tinham a proteção do clero e da nobreza (FADEL, 2012, p. 63). Nessa senda, Souza preleciona que:

Assim, a vingança, à época considerada justiça, não se resume tão somente a esfera individual ou de um grupo, e sim ficando em cargo de uma figura de autoridade, legitimando a intervenção estatal nos conflitos sociais com aplicação da pena pública para infratores. Em suma, não era mais aquele ofendido que podia vir a buscar vingança, ou mesmo os sacerdotes representantes dos deuses, mas sim aquele que era o soberano do lugar, fosse rei, príncipe ou regente. Muitas vezes a autoridade do monarca legitimava-se através de um poder superior e sacro, sendo aplicada a doutrina política e religiosa do direito divino dos reis, afirmando que o poder dos reis teria fundamento a partir da vontade de Deus ou de uma figura que vinha a ser divina (SOUZA, 2018, p. 25).

Nessa parte da história, tinham penas desumanas como a decapitação, o esquartejamento, a fogueira, crucificação, sendo o Estado promovendo essa vingança ora para atender os anseios do povo, ora para manter-se no poder. Sobre a barbaridade das penas aplicadas, Fadel esclarece, com base na obra de Basileu Garcia que:

Na França, por exemplo, ainda depois do ano de 1700, a pena capital era imposta de cinco maneiras: esquartejamento, fogo, roda, forca e decapitação. O esquartejamento, infligido notadamente no crime de lesa-majestade, consistia em prender-se o condenado a quatro cavalos, ou quatro galeras, que se lançavam em momento em diferentes direções. A morte pelo fogo verificava-se após ser amarrado o condenado a um poste, em praça pública, onde era o corpo consumido pelas chamas. E costume houve, também, de imergir o sentenciado em chumbo fundido, azeite ou resina ferventes. O suplício da roda era dos mais cruéis: de início, o paciente, que jazia amarrado, era esbordado pelo verdugo, até se lhe partirem os membros. Em seguida era colocado sobre uma roda, com a face voltada para o céu, até expirar (GARCIA. 1956, p.15-16 *apud* FADEL, 2012, p.62).

Na Revolução Francesa, mais precisamente no iluminismo, teve forte impacto no Direito Penal tratando da humanização das penas tratado por Cesare Beccaria. Esse autor descreveu sobre os delitos e as penas através da proporcionalidade, da legalidade, da anterioridade da lei penal, e da não crueldade das penas, ou seja, norteando o Direito Penal (CUNHA, 2016, p. 44).

Essas formas como são executadas as penas e sua racionalidade foram importantes para que se pensasse no Direito Penal como Ciência e também como instrumento lógico racional e proporcional de organização da paz social. Dentre vários aspectos relevantes defendidos pelo filósofo, Fadel leciona em sua obra que Beccaria defendia que:

Cesare Bonessana (1738–1794), filósofo, criado em família abastada, aos 27 anos publicou em Milão, em 1764, um opúsculo que mudaria os rumos do Direito Penal mundial intitulado *Dei delitti e dele pene*. Basicamente combatia o sistema penal então vigente, criticando, dentre outros, os seguintes itens: a) a forma de aplicação e a linguagem utilizada pela lei, pois grande parte dos acusados, além de analfabetos, não tinha sequer noção dos dispositivos legais; b) a desproporção entre os delitos cometidos e as sanções aplicadas; c) a utilização indiscriminada da pena de morte; d) a utilização da tortura como meio legal de obtenção de prova; e) criticou as condições das prisões. Trouxe idéias a fim de combater o crime (FADEL, 2012, p. 64).

Portanto, seguindo essas ideias, as penas a serem aplicadas para as condutas delituosas deveriam ser uma previstas, proporcionais, sendo as leis claras e precisas. O processo deveria ser público, rápido e necessário e deveria ser aplicado em último caso, na proporção certa, apenas para punir em sua proporcionalidade o comportamento delituoso, ou seja, o ato considerado criminoso (DAHER, 2012, p. 30).

Discorrendo sobre a evolução do direito penal brasileiro, quando os portugueses começaram o processo de colonização do Brasil, não existia nenhum tipo de lei entre os índios que habitavam no território brasileiro. Os costumes que os índios tinham não foram adotados pelos portugueses, diante disso, os colonizadores implantaram em solo brasileiro as ordenações do reino, que eram as ordenações Afonsinas, manuelinas e filipinas que eram aplicadas também na Europa. Contudo, essas ordenações geraram grande impacto pois consistiam em penas cruéis e degradantes (D'OLIVEIRA, 2014, p. 33).

Wolkmer (2006, p. 298) discorre que as ordenações afonsinas resultaram de “um vasto trabalho de consolidação das leis promulgadas desde Afonso II, das resoluções das cortes desde Afonso IV e das concordatas de D. Dinis, D. Pedro e D. João, da influência do direito canônico e Lei das Sete Partidas, dos costumes e usos”. No ano de 1446, em Portugal, foram constituídas as Ordenações Afonsinas, recebendo esse nome devido ao rei Afonso V. Tiveram influência do Direito Canônico,

das Leis das Sete Partidas<sup>9</sup> e dos costumes portugueses (ZIMMERMANN, 2014, p. 79).

Sobre as ordenações Manuelinas, conforme Wolkmer (2006, p. 298) preceitua, que “as Ordenações Manuelinas, de 1521, foram a obra da reunião das leis extravagantes promulgadas até então com as Ordenações Afonsinas, num processo de técnica legislativa, visando a um melhor entendimento das normas vigentes” As Ordenações Manuelinas de 1512 receberam este nome devido a D. Manuel I, chamado “o venturoso”. Tiveram influência de leis extravagantes da época, além de reunir as Ordenações Afonsinas e eram constituídas por duas matérias principais: o Direito Marítimo e os Contratos Mercantis (ZIMMERMANN, 2014, p. 80).

No que tange às ordenações Filipinas que foram promulgadas no ano de 1603, Wolkmer (2006, p. 298) abarca que “compuseram-se da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, no sentido de, também, facilitar a aplicabilidade da legislação. Foram essas Ordenações as mais importantes para o Brasil, pois tiveram aplicabilidade durante um grande período de tempo” Sobre essas ordenações D’Oliveira discorre em sua pesquisa que:

Diante ao fato punitivo aplicado pelas Ordenações filipinas as penas eram envolvidas de crueldade e com severidade elevada, como podemos dar o exemplo da pena de morte que era exercida pela força como uma morte natural, morte por tortura sendo que esta sempre antecedia de um enorme sofrimento físico e psicológico, e ainda temos outra pena que é a morte para sempre quando o corpo do condenado ficava em suspenso exercendo a putrefação até que a confraria o recolhesse. Podemos destacar que estes tipos de infração são contrários á forma racional, pois estes violam os espaços do direito, moral e religião. Diante deste fato podemos afirmar através de estudos jurídicos que este ordenamento jurídico penal foi aquele que mais vigorou no Brasil, entre mais de dois séculos iniciando em 1603 e terminando no ano de 1830 (D’OLIVEIRA, 2014, p. 35).

Conseqüentemente, pode-se dizer que as Ordenações Filipinas influenciaram o direito português intrinsecamente durante 60 anos, entre 1580 e 1640, entretanto algumas ainda perduraram até o Código Civil de 1916 que revogou totalmente a legislação até então existente. Vioto e Moreira (2016, p. 5) discorrem que “a imputabilidade penal tinha início aos 07(sete) anos de idade, livrando o menor da pena capital e oferecendo – lhe redução da pena. Para os infratores entre 16 (dezesesseis) e 21 (vinte e um) anos existia um método “jovem adulto” podendo ser condenado a pena de morte, ou, em determinadas situações, ter sua pena reduzida”

Após o período em que vigorou as ordenações Filipinas, em 1830, foi editado o Código Penal do império, sendo, portanto, a primeira legislação penal após a independência. Na vigência desse Código, houve a recepção do princípio da legalidade, que determinou que não há crime sem uma prévia lei que defina como expresso em seu artigo 1º do código de 1830. Logo, percebe-se que o Código de 1830, ao trazer em seu texto expressamente esse princípio, por si só, trazia ainda que aquém das expectativas, um princípio racional e justo de aplicação de penas e comparada às ordenações do reino que vigoraram no Brasil, principalmente as ordenações Filipinas (ZIMMERMAN, 2012).

Contudo, esse Código, ainda, não concedia o caráter humanitário que se espera de um Diploma Penal, pois, ainda, prevalecia a pena de morte, tornando-se, portanto, um ponto negativo dessa codificação. É o que se afirma nos dizeres de Zimmerman (2012, p. 85): “Esse novo Código representou um avanço em relação às Ordenações do Reino de Portugal, embora preservasse a pena de morte, que, mais tarde, foi modificada pela prisão perpétua”. Outro ponto negativo que cabe salientar do mencionado código era no que tange ao tratamento diferenciado dado aos escravos, conforme preceituava o artigo 60 e conforme preceitua Wolkmer:

O artigo 60 do Código Criminal de 1830 expressava bem a dualidade de penas impostas a homens livres e escravos. Além de manter para estes a pena de açoites, determinava que ao escravo não condenado às penas de morte ou galés necessariamente deveria ser aplicada pelo juiz a de açoites.

Ainda restritivamente em relação ao escravo, proibia-se a comutação da pena de morte em prisão perpétua e a de galés em prisão com trabalhos forçados, ambas aceitas para os homens livres. O abuso na aplicação da pena de açoites fez com que o governo imperial reiterasse o limite máximo de 50 por dia, ouvido o médico, autorizando os tribunais a reformar para menos as sentenças dos juízes, conforme a condição física do escravo (Circular n, 365, de 10 de julho de 1861, do Ministério do Império) (WOLKMER, 2006, p. 340-341).

Portanto, o Código do Império de 1830, trata-se da primeira codificação penal do Brasil independente. Uma legislação que ficou no meio do caminho entre o passado teológico e o futuro racional. Inaugurou o respeito expresso pelo princípio da legalidade penal, mas teve de conviver com o poder moderador do rei, a manutenção da pena de morte e o modo de produção baseado na mão de obra escrava (DAHER, 2012, p. 36).

Em 1890, foi o primeiro código da era republicana, o Código Penal dos Estados Unidos do *Brazil*, surgindo imediatamente após a proclamação da república. O Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, instituiu pode-se dizer o que seria a primeira tentativa de se lutar em territórios brasileiro, pelos ideais do iluminismo, do humanismo e da revolução francesa. Aliás, é o que preceitua Fadel (2012, p. 65), em seus estudos ao dizer que “O diploma teve acentuada influência da chamada Escola Clássica do Direito Penal, quando, à época em que foi publicado, as ideias mais avançadas correspondiam àquelas defendidas pela Escola Positiva, sucessora e opositora da Escola Clássica”

Contudo, ainda que esse diploma tivesse essa ideia de implementação desse viés humanitário, esse não teve seu objetivo satisfeito como se queria, pois se percebe que por ter sido feito com muita rapidez um código que é de suma importância para regular uma das áreas mais importantes da sociedade nacional. Portanto, muitas das ideias na hora da aplicação do código entravam em conflito. É o que se afirma nos dizeres de Daher:

Em 1890, uma não após a instauração da República, é editado um novo Código Penal, o Código Criminal da República, que se viu alvo de duras críticas, pelas falhas que apresentava, decorridas evidentemente pela pressa em que foi elaborado. Apesar de muitos defeitos, e ter sido mal sistematizado, o Código Criminal da República teve seu avanço na legislação penal, como por exemplo abolir a pena de morte e criar o regime penitenciário de caráter correccional (DAHER, 2016, p. 36)

Outro aspecto que contribuiu para o insucesso do Código Penal Republicano de 1890 foi devido ao fato de que após a proclamação da república, o país viveu sobre constantes conflitos, acontecendo diversas revoltas em diferentes regiões do Brasil (ZIMMERMANN, 2014, p. 86-87).

## **2.1 OS EFEITOS DA PENA À LUZ DO CÓDIGO PENAL DE 1940**

Em um segundo enfoque, cumpre serem abordadas as espécies de penas previstas no Código penal de 1940 e seus efeitos. A concepção de pena nos dizeres de Damásio (2020, p. 652), “Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante

ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos” Portanto, consiste na atuação do Estado mediante a aplicação da privação ou restringindo do agente autor do delito um bem jurídico, que no final se relaciona com a liberdade desse agente.

É a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação ou restrição de bens jurídicos determinada pela lei, cuja finalidade é a readaptação do condenado ao convívio social e a prevenção em relação à prática de novas infrações penais (ESTEFAM, 2020, p. 759). Para Masson (2017, p. 612) “Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime”

Segundo o que preceitua Fernando Capez, pena é a sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2018, p. 539). Nessa senda, o professor Guilherme de Souza Nucci, assim preleciona em sua obra sobre o conceito de pena:

É a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a *retribuição* ao delito perpetrado e a *prevenção* a novos crimes. O caráter *preventivo* da pena desdobrasse em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada (NUCCI, 2014, p. 308).

Pelo exposto acima, tem-se que a pena tem como característica a retribuição da ameaça de um mal contra o autor de um ilícito penal, podendo ter como finalidade a preventiva no sentido de evitar-se a prática de novas infrações (CUNHA, 2016, p. 395). Sobre as prevenções, tem-se a geral e a especial. Na prevenção geral, o fim

intimidativo da pena se dirige a todos os destinatários da norma penal, visando impedir que outras pessoas da sociedade pratiquem crimes. A existência da norma penal incriminadora visa intimidar os cidadãos, no sentido de não cometerem ilícitos penais, pois, ao tomarem ciência de que determinado infrator foi condenado, tenderão a não realizar o mesmo tipo de conduta, pois a transgressão implicará na sanção. Esta é a chamada prevenção geral (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p. 477).

Nessa prevenção, o que se busca como objeto é que esse fim rígido da pena cominada em abstrato coíba os demais indivíduos a cometerem crimes, principalmente os mais reprováveis. Nos dizeres de Jesus (2020, p. 652) “Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes”

Na prevenção especial, a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social e ao mesmo tempo impedindo-o de cometer mais delitos e busca-se uma tentativa de corrigi-lo e prepará-lo ao convívio com a sociedade. Em termos específicos, a aplicação efetiva da pena ao criminoso no caso concreto, em tese, evita que ele cometa novos delitos enquanto cumpre sua pena (privativa de liberdade, por exemplo), protegendo-se, destarte, a coletividade (prevenção especial) (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 712).

Portanto pode-se concluir que na prevenção especial será em outras palavras a prisão propriamente dita. Retira-se o agente que comete crimes das ruas por apresentar risco para si mesmo e para a sociedade para que depois de cumprida a pena, retorne ressocializado ao convívio com a sociedade. Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo (JESUS, 2020, p. 652).

A pena, após o advento da reforma de 1984, passou a apresentar natureza mista sendo retributiva e preventiva, conforme dispõe o artigo 59 do Código Penal *in verbis*: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:” (BRASIL. 1940).

Isso posto, pode-se inserir que a pena tem esse caráter retributivo e preventivo extraído da parte final do dispositivo acima em sua parte final que preceitua que o magistrado atendendo aos oito requisitos que o aludido artigo dispõe estabelecerá o que achar pertinente para a reprovação e prevenção do crime, logo se denota o

caráter mencionado. O Código Penal brasileiro, por intermédio de seu art. 59, prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime (GRECO, 2022, p. 1.133).

É Interessante trazer a baila, aspectos sobre os fundamentos da pena que segundo a doutrina são divididas em uma tríplice fundamentação, sendo o fundamento político estatal, fundamento psicossocial e o fundamento étnico-individual. É o que discorre Cunha, colacionando os Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina em sua obra:

1. Do ponto de vista político-estatal a pena se justifica porque sem ela o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir com eficácia diante das infrações.
2. Desde a perspectiva psicossocial a pena é indispensável porque satisfaz o anseio de justiça da comunidade. Se o Estado renunciasse à pena, obrigando o prejudicado e a comunidade a aceitar as condutas criminosas passivamente, dar-se-ia inevitavelmente um retorno à pena privada e à autodefesa (vingança privada), próprias de etapas históricas já superada;
3. No que se relaciona com o aspecto ético-individual, a pena se justifica porque permite ao próprio delinquente, como um ser 'moral', liberar-se (eventualmente) de algum sentimento de culpa (CUNHA, 2016, p. 395).

O fundamento estatal abarca a hipótese em que sem a pena o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo e, capaz de reagir com eficácia diante das infrações. Nesse tipo de fundamento está presente o direito de punir do Estado, onde cabe remeter-se ao que foi abarcado acima sobre o caráter retributivo e preventivo estatal. Consequentemente tem de haver pena, pois sem ela, o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo em que pudesse dessa forma impor as regras, retirando a eficácia do Estado de suas punições. Por isso, esse é o fundamento político estatal (CUNHA, 2016, p. 396-397)

O fundamento psicossocial a pena satisfaz o anseio da sociedade, ou seja, satisfaz a justiça na população, da comunidade. Pode-se dizer que esse fundamento consiste naquela vontade de uma pessoa ao presenciar ou tomar conhecimento de um crime, pense, deseje e clame por justiça, para que aquele autor daquele delito seja punido com o rigor da lei. A pena deixa a sociedade mais calma nesse fundamento, pois ela satisfaz o anseio da sociedade, ela é a concretização da justiça legalmente sendo feita (CUNHA, 2016, p. 396-397)

Já o fundamento ético-individual, é a permissão ao próprio autor do fato delituoso, liberar-se eventualmente de algum sentimento de culpa. Nesse tipo de fundamento, o agente que cometeu o delito busca a reinserção na como se fosse um novo membro, uma nova pessoa, pois, como em tese cumpriu sua pena ao estado que o puniu e perante a sociedade que clamava por justiça, via de regra, esse autor está ou deveria estar ressocializado e pronto a conviver em sociedade sem mais cometer infrações penais (CUNHA, 2016, p. 396-397)

Algumas teorias surgiram para a concepção das finalidades da pena, dentre elas foram criadas a teoria absoluta ou retribucionista, teoria preventiva, relativa ou utilitarista e a teoria mista ou eclética. A teoria absoluta ou retribucionista dispõe sobre a punição de do agente pelo fato de haver cometido o crime. A pena nesse caso, visa retribuir o condenado pela prática do delito, sendo que a finalidade torna-se somente de caráter punitivo. Torna-se, portanto, uma finalidade lógica de uma punição do infrator como resposta para a sociedade, por este ter infringido as normas. Segundo Greco, inspirado nas lições de Roxin:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense (GRECO, 2022, p. 1.133)

Pode-se dizer que, a ideia dessa teoria é de punir o agente que causou o delito ao bem jurídico protegido por lei. A crítica dessa teoria consiste no desapego a qualquer função política da pena, onde a mesma é tratada dissociada de fins, ou seja, busca a punição como finalidade de repressão somente, não se importando com outras finalidades que a pena deveria ter, como a reinserção no convívio com a sociedade pelo detento. Quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal (pena em abstrato), revela-se o seu caráter preventivo geral. Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva), buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa) (CUNHA, 2016, p. 397).

Nos dizeres de Prado (2004, p. 2), “Na atualidade, a idéia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva”. A teoria preventiva, relativa ou utilitarista, a pena passa a ter um caráter reformador do agente, em que, serve como medida de contenção a incidência de crimes. Essa teoria acredita que aplicando a pena, o indivíduo se ressocializará. Assim, o objeto principal que se busca, é fazer com que, uma vez cumprida a pena, o agente se regenere e seja reinserido no meio social, diferente portanto da teoria absoluta (GRECO, 2022, p. 1.134).

A crítica no que concerne a essa teoria está no fato da pena deixar de ser proporcional à gravidade da infração praticada e acabar resultando em penas indefinidas, ou seja, enquanto não se tiver certeza para essa teoria que o agente não voltará a delinquir, que de fato ele está ressocializado, ele continuará cumprindo pena. Para a teoria preventiva, a finalidade da pena não é punir nem castigar, e sim prevenir a ocorrência de novos crimes (CUNHA, 2016, p. 398).

A prevenção é dividida em geral e especial. A prevenção geral é destinada a sociedade, à coletividade. Nela, é punido o agente para que os membros da sociedade não venham a cometer delitos. A prevenção especial é remetida ao condenado. Pune-o para que ele não venha a praticar novos crimes (PRADO, 2004, p. 3). Sobre a prevenção geral e especial, Greco preceitua que:

A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal. A prevenção especial, a seu turno, também pode ser concebida em seus dois sentidos. Pela prevenção especial negativa, existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere. Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin, “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos” Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros (GRECO, 2022, p. 1.134-1.135).

A Teoria mista ou eclética seria a união das teorias absoluta e preventiva. Nessa teoria a pena seria a punição proporcional ao injusto causado no delito, entretanto, também se busca a concretização de outros fins, com enfoque na

prevenção. As teorias mistas partem do pressuposto de que as funções retributivas e preventivas não são inconciliáveis. Por esse motivo, pode-se identificar na pena um duplo papel: retribuir e prevenir (ESTEFAM, 2022, p. 572-573).

A teoria mista faz a convergência, portanto entre retribuir e prevenir, tendo como finalidade, punir, mas também ressocializar. Nos dizeres de Prado (2014, p. 6), “Predominantes, na atualidade, buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada - com os fins de prevenção geral e de prevenção especial”. Apesar de parte de a doutrina defender que o Diploma criminal não deixou claro sobre em qual teoria se inspirou. A doutrina majoritária defende que a teoria mista foi à adotada pelo Código Penal brasileiro. É o que afirma Greco:

Em razão da redação contida no caput do art. 59 do Código Penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma teoria mista ou unificadora da pena. Isso porque a parte final do caput do art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção (GRECO, 2022, p. 1.136).

Dito isso se alcança a tríplice finalidade da pena em sendo a pena em abstrato, a aplicação da pena e a execução da pena. A pena em abstrato visa à prevenção geral da sociedade antes do cometimento do crime. A aplicação da pena, que visa que o autor do delito evite a reincidência da prática criminosa e que pague perante a vítima, a sociedade e ao Estado pelo injusto causado ao bem jurídico tutelado na mesma proporção de seus atos (CUNHA, 2016, p. 397-398).

A execução da pena é concretizar a prevenção especial e o cumprimento da pena imposta. Além disso, buscam-se também à ressocialização, reeducação e reintegração do infrator. As teorias mistas, por fim, representam a tentativa de conciliação dos aportes trazidos pelas teorias absolutas e relativas, em regra, sobrepondo-os uns aos outros (ROIG, 2021, p. 23).

As penas previstas pelo Código Penal são as elencadas no artigo 32 que são as privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. As penas privativas de liberdade decorrem da fixação da pena em abstrato pela lei. A pena privativa de liberdade tem seus limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador do artigo 53 do Código Penal *in verbis*: “Art. 53 - As penas privativas de

liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime” (BRASIL, 1940).

Os tipos de penas privativas de liberdade são a reclusão, detenção e prisão simples. Na reclusão, o cumprimento inicial do regime imposto pode ser fechado, semiaberto e aberto conforme o artigo 33 do Código Penal. Na detenção, o regime de cumprimento de pena é semiaberto e aberto, salvo expressa necessidade de cumprimento em regime fechado que ocorrerá excepcionalmente. Nesse sentido, Estefam e Gonçalves discorrem que:

A reclusão é prevista para as infrações consideradas mais graves pelo legislador, como, por exemplo, homicídio, lesão grave, furto, roubo, estelionato, apropriação indébita, receptação, estupro, associação criminosa, falsificação de documento, peculato, concussão, corrupção passiva e ativa, denúncia caluniosa, falso testemunho, tráfico de drogas, tortura etc. Já a detenção costuma ser prevista nas infrações de menor gravidade, como, por exemplo, nas lesões corporais leves, nos crimes contra a honra, constrangimento ilegal, ameaça, violação de domicílio, dano, apropriação de coisa achada, ato obsceno, prevaricação, desobediência, desacato, comunicação falsa de crime, autoacusação falsa etc. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p. 481).

Nessa senda, aduz Greco (2022, p. 1.148) que “A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo à sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido”. As penas restritivas de direito são as elencadas no artigo 43 do Código penal que são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana (BRASIL, 1940).

Nos dizeres de Cunha (2016, p. 454), “As restritivas de direitos, espécies de pena alternativa, seguindo a tendência do direito penal moderno, buscam eliminar a pena privativa de liberdade de curta duração, por não atender satisfatoriamente às finalidades da sanção penal”. Portanto, As penas restritivas de direitos, em conjunto com a de multa, formam as chamadas penas alternativas, que têm por escopo evitar a colocação do apenado na prisão, substituindo-a por certas restrições, podendo ser perda de bens, limitação de fim de semana, interdição de direitos ou impor obrigações como prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p. 520).

A pena de multa é prevista no artigo 49 do Código Penal dispõe que: “Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa” (BRASIL, 1940). Cabe salientar que o parágrafo único do artigo 58 do Código penal, traz duas exceções em que, mesmo que não seja cominada esse tipo de pena na parte especial, poderá ser aplicada a pena de multa que são os casos do artigo 44, § 2º e artigo 60, § 2º conforme preceituam:

Art.58 – [...] Parágrafo único - A multa prevista no parágrafo único do art. 44 e no § 2º do art. 60 deste Código aplica-se independentemente de cominação na parte especial.

Art.44 – [...] § 2o Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Art.60 - [...] § 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código (BRASIL, 1940).

Na lição de Greco (2022, p. 1.301), “A multa é uma das três modalidades de penas cominadas pelo Código Penal e consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa”. Sobre os critérios para fixação da pena, Nucci abarca que:

Não se pode esquecer o peculiar fator determinado pela lei para a fixação da pena de multa: o magistrado deve atentar principalmente para a situação econômica do réu (art. 60, caput, CP). Verificando-se que a sua situação financeira é consistente e elevada, deverá ter o valor de cada dia-multa estabelecido em valores superiores a um trigésimo do salário mínimo. Se, feito isso, continuar insuficiente, pode o juiz elevar o número de dias-multa. O mais relevante é que a sanção pecuniária tenha repercussão considerável no patrimônio do condenado (NUCCI, 2014, p. 356).

Os efeitos da pena, são os são os efeitos da condenação previstos nos artigos 91 e 92 do Diploma Penal, que são os efeitos genéricos e específicos. Nesse sentido, Cunha dispõe que:

O primeiro (e mais importante) efeito genérico da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime

(art. 91, 1), constituindo a sentença penal condenatória título executivo judicial em parte incompleto, demandando a liquidação no juízo cível a fim de apurar o quantum a ser indenizado (CUNHA, 2016, p. 518)

O artigo 91-A, introduzido no Código Penal pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como pacote anticrimes dispõe como efeito da condenação a quem for condenado a pena superior a 6 anos de reclusão, que poderá esse condenado perder os bens por ser considerado como produto do crime, aquilo em que seu patrimônio seja incompatível com o os rendimentos obtidos de maneira lícita (BRASIL, 1940). Além dos efeitos primários descritos acima, tem-se, também, os efeitos secundários que se dividem em penais e extrapenais. Nessa senda, Estefam e Gonçalves prelecionam que:

Efeitos secundários de natureza penal.

[...] a) gera reincidência caso o condenado venha acometer outro crime dentro do prazo a que se refere o art. 64, I, do Código Penal; b) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória em 1/3 no caso da prática de novo crime; c) interrompe a prescrição da pretensão executória de delito anteriormente cometido; d) impede a obtenção do sursis (salvo se a condenação for à pena de multa [...])

Efeitos secundários de natureza extrapenal.

Efeitos extrapenais genéricos.

São assim denominados porque decorrem de qualquer condenação. Constituem efeito automático da condenação, vale dizer, não necessitam de declaração expressa na sentença.

Efeitos extrapenais específicos

São aqueles que não decorrem meramente da condenação, exigindo a lei requisitos específicos. Além disso, é necessário que o juiz justifique a aplicação de tais efeitos na sentença, não sendo, assim, automáticos (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p.645-646).

Com previsão expressa no artigo 92 do Código Penal, os efeitos extrapenais específicos não são automáticos, devendo ser motivadamente descritos na sentença condenatória (art. 92, parágrafo único, CP). Tem apenas caráter de prevenção, estabelecendo a eficácia da eficácia principal, prevenindo a reincidência (CUNHA, 2016, p. 520). Os efeitos específicos da condenação têm, por consequência, objetivar o afastamento do condenado da situação que favorece o delito, impedindo dessa maneira que se oportunizem as condições que, provavelmente, levariam o condenado a novas práticas criminosas. Portanto, reforça o caráter protecionista dos bens jurídicos infringidos e previnem a reiteração da conduta criminosa (BITENCOURT, 2019, p. 2733-2734).

## 2.2 A REABILITAÇÃO PENAL EM DELIMITAÇÃO

Nos dizeres de Vinhas *et al* (2021, p.954), “Reabilitar significa reintroduzir, reincorporar, retomar, devolver os direitos do indivíduo ao convívio social. Ademais, é definida como ciência de reintegração, e conseqüentemente inclusão social”. De acordo com Cléber Masson, “A primeira manifestação do instituto da reabilitação ocorreu no Direito Romano, por meio da *restitutio in integrum*, forma de clemência soberana extintiva da pena e restauradora dos direitos patrimoniais e morais do condenado”. (MASSON, 2017, p.945).

O instituto da reabilitação criminal está previsto no Código Penal, em seu artigo 93 que assim abarca:

Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.  
Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo (BRASIL, 1940).

Ora, trata-se da declaração judicial de reinserção do sentenciado ao gozo de determinados direitos que foram atingidos pela condenação (NUCCI, 2014, p.454). Sendo assim, a reabilitação é a reintegração do condenado no exercício dos direitos atingidos pela sentença. Na reforma penal de 1984, trata-se de causa suspensiva de alguns efeitos secundários da condenação (JESUS, 2020, p.822).

Portanto, naqueles casos em que já foi cumprida a pena ou extinta a punibilidade da pena, cumprido o prazo estabelecido pela Lei, o advogado do condenado pedirá ao juízo criminal o pedido de reabilitação criminal, onde se pugnará que o juízo exclua os dados referentes a esse crime dos registros daquele agente, para que o status de quem já cumpriu a pena volte a ser como era antes. A reabilitação é a declaração judicial de que estão cumpridas ou extintas as penas impostas ao sentenciado, que assegura o sigilo dos registros sobre o processo e atinge outros efeitos da condenação (MIRABETE, 2001, p.356).

Destarte, pode-se afirmar que o objeto primordial da reabilitação criminal é que se tenha o sigilo dos antecedentes criminais daquele sujeito que vai ser reabilitado, para que dessa forma se apague alguns dos efeitos da sentença penal condenatória, especificamente, aqueles secundários e extrapenais secundários descritos no artigo 92 do diploma penal. Cuida-se de medida de política criminal assecuratória do sigilo sobre os antecedentes criminais do condenado e, ainda, causa suspensiva condicional de certos efeitos secundários de natureza extrapenal e específicos da condenação (MASSON, 2017, p.946).

No que concerne ao objeto primordial que se busca com a reabilitação e sobre a volta do condenado ao convívio com a sociedade, importante trazer nesse diapasão as palavras de Mirabete:

Estimula-se o condenado à completa regeneração, possibilitando-lhe plenas condições de voltar ao convívio da sociedade sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos. Facilita-se sua readaptação, concedendo-se certidões dos livros do juízo ou folha de antecedentes sem menção da condenação e permitindo-se o desempenho de certas atividades administrativas, políticas e civis das quais foi privado em decorrência da condenação (MIRABETE, 2001, p.356).

Portanto, pode-se afirmar com base nesses posicionamentos acima que o que se busca com a reabilitação é uma reintegração de quem já tenha cumprido sua pena imposta pelo estado ao convívio com a sociedade de forma harmoniosa e sem nenhuma anotação desses crimes, a fim de que se tente amenizar a reprovação desse agente perante a sociedade (MIRABETE, 2001, p.356). Busca-se, assim, uma forma de reinserir esse indivíduo na vida social, onde por mais que tenha pagado sua pena ao Estado, ainda assim, está sob os olhos da desconfiança da população.

Cumpra salientar que o instituto da reabilitação criminal também sofre divergências doutrinárias acerca de sua utilidade e efetividade, haja vista própria disposição do artigo 202 da Lei de Execuções Penais (LEP), Lei nº 7.210 de 1984, *in verbis*:

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. (BRASIL, 1984)

Desse modo, Rogério Greco, seguindo o posicionamento de Jair Leonardo Lopes discorre que:

Jair Leonardo Lopes, analisando o instituto da reabilitação, afirma, categoricamente: “A nós parece que nem os efeitos acrescidos à condenação pelo art. 92 merecem aplausos, nem a reabilitação, que, tal como disciplinada no Código (arts. 93 a 95), não tem qualquer alcance prático. Quanto a esta, o seu mais importante efeito, que seria o de assegurar ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação, é obtido, atualmente, de modo imediato e eficaz, por aplicação do art. 202 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP), desde que tenha sido cumprida ou extinta a pena”. Também não há possibilidade de reabilitação nas hipóteses dos incs. I e II do art. 92 do Código Penal.

Resta-nos, portanto, somente uma única utilidade do instituto da reabilitação, qual seja, a de fazer com que o condenado que tenha sido declarado na sentença condenatória inabilitado para dirigir veículo, pois o havia utilizado como instrumento para a prática de crime doloso, tenha, novamente, restaurada sua habilitação. (GRECO, 2017, p.400).

Portanto, para Greco (2017), trazido como exemplo de doutrina que se posiciona dessa forma sob a reabilitação, a seu ver, esse instituto está superado pelo artigo 202 da LEP, tendo para ele, utilidade somente no que concerne habilitação para dirigir automóvel. Contudo, parte da doutrina, como é o caso de Cléber Masson (2017), defende que a reabilitação criminal trazida no Código Penal se difere da trazida no artigo 202 da Lei de execuções penais, havendo uma abrangência maior no Instituto trazido no Código Penal, assim discorrendo:

O art. 202 da Lei de Execução Penal estatui que cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. Esse sigilo, como se percebe, é garantido de forma automática e imediata depois do cumprimento integral ou extinção da pena por qualquer outro motivo. Prescinde da reabilitação. Tal sigilo, entretanto, é mais restrito, pois pode ser quebrado por qualquer autoridade judiciária, por membro do Ministério Público ou, ainda, por Delegado de Polícia. De outro lado, o sigilo assegurado pela reabilitação é mais amplo, pois as informações por ele cobertas somente podem ser obtidas por requisição (ordem), não de qualquer integrante do Poder Judiciário, mas exclusivamente REABILITAÇÃO do juiz criminal. É o que se extrai do art. 748 do Código de Processo Penal. Esta é a utilidade prática do instituto. (MASSON, 2017, p.946-947).

Dessa forma, Masson, (2017) define que a reabilitação trazida no diploma penal é mais abrangente, pois, o instituto serve para dar mais segurança jurídica ao agente, que só poderá ter suas anotações vista pelo juízo criminal e não por outros membros do poder judiciário ou autoridades policiais.

Masson (2017), também, traz à baila posicionamento pacificado do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto e destarte, trazendo uma correlação e compreensão do que preceitua o artigo 748 do Código de Processo Penal, principalmente a parte final que preceitua que “A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”. (BRASIL, 1941).

No mesmo diapasão, é o que ensina Estefam e Gonçalves, com a seguinte explicação da diferença da reabilitação prevista no artigo 93 do Código Penal para o artigo 202 da Lei de Execuções penais com a seguinte análise:

Por qual razão, então, o condenado iria requerer a reabilitação, se este dispositivo garante o sigilo logo após o cumprimento ou extinção da pena e de forma automática, enquanto o deferimento da reabilitação exige o decurso do prazo de 2 anos após referida extinção ou cumprimento e pressupõe o preenchimento de diversos requisitos? A resposta é simples. O deferimento da reabilitação faz com que a condenação anterior só possa constar de certidões por força de ordem judicial (art. 748 do CPP), enquanto o sigilo descrito no art. 202 da Lei de Execuções Penais assegura apenas a certidão sem registros quando solicitada pelo condenado, podendo, contudo, haver menção aos antecedentes quando for solicitada por autoridade policial, por órgão do Ministério Público, ou, ainda, para fim de concursos públicos, uma vez que a parte final do referido art. 202 prevê a possibilidade da quebra do sigilo “em outros casos expressos em lei (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p.657 ).

Portanto, a reabilitação é o instituto que visa à reinserção social do condenado, através do sigilo referente às suas anotações criminais, em como a sua suspensão condicional de determinados efeitos secundários da condenação, de natureza extrapenal. A principal finalidade da reabilitação é, portanto, assegurar o sigilo dessas anotações criminais do nome de quem já cumpriu a pena e para suspender os efeitos específicos do artigo 92 do Código Penal (MASSON, 2017, p.946-947). Bitencourt ainda afirma que, “é uma garantia do sigilo da condenação”. Com isto ele define que a reabilitação é uma política criminal que objetiva restaurar a dignidade pessoal e

promover a reiteração do condenado à comunidade, para tanto, este deve ter demonstrado a sua aptidão para exercer os seus direitos livremente (BITTENCOURT, 2012, p. 837 *apud* SILVA *et al*, 2016. p.10)

A reabilitação criminal possibilita a ressocialização e a reinserção social da pessoa envolvida com a transgressão e a delinquência. É uma medida de política criminal que se traduz em recomendações e princípios para a reforma de uma legislação ou para sua aplicação (BATISTA, 2002 *apud* CALIMAN, 2015, p.81)..O objetivo é restaurar a dignidade pessoal do indivíduo e facilitar à reintegração do condenado a comunidade, que já deu mostras de sua aptidão para exercer livremente sua cidadania (DELATORRE *et al*, 2015, p.3).

Isto é, a reabilitação possui as seguintes consequências: suspender, condicionalmente, os efeitos expressos no artigo 93 do Código Penal, assegurar o sigilo dos registros acerca do processo e condenação, e sustar os efeitos do artigo 92 do Código Penal, vedada, no entanto, a reintegração nas situações dispostas nos incisos I e II (TRINDADE, 2019, p.12). Nessa senda, importante trazer a reflexão discorrida por Márcia Mathias de Miranda que preleciona que:

A reabilitação de criminosos no Brasil é uma proposta que se choca com o campo institucional presente na cultura da população e precisa, portanto, romper e promover modificações em algumas crenças – tarefa que somente a esfera política pode alcançar. A reabilitação é uma estratégia que tem maiores chances de sucesso se for aplicada de forma a evitar o crescimento das taxas de criminalidade e de violência na sociedade (ou seja, por meio das propostas preventivas), por evitar a formação de “hábito”. Se o processo preventivo fracassa, ou não alcança os membros de uma sociedade de forma satisfatória, cabe ao Estado realizá-lo a partir das lacunas por ele próprias deixadas. (MIRANDA, 2015, p.109).

A reabilitação penal, no que concerne aos seus aspectos jurídicos, significa a restituição do indivíduo apenado às suas prerrogativas anteriores à prisão, obtida mediante seu próprio mérito, na participação nos programas e na orientação de conduta que compõem a terapêutica penal (RIBEIRO; GARCIA, 2021, p.8).

A reabilitação criminal parte do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, a Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso III, e em seu artigo 5º, inciso X, assegura também a proteção a honra e imagem das pessoas, *in verbis*, “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

fundamentos:[...] III - a dignidade da pessoa humana;" (BRASIL, 1988). "Art. 5º: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 1988).

Nessa senda, pode-se dizer que a com a reabilitação criminal busca para aquele condenado que devidamente cumpriu sua pena ao Estado e à sociedade por esse mal injusto que cometeu uma forma de ter sua dignidade restabelecida, ainda que sob o crivo da desconfiança da sociedade. É o que afirma Almeida com base nos dizeres de Santos:

Ocorre que, em que pese à proteção jurídico-constitucional aos supracitados direitos, são notórias as lesões causadas a eles através segregação prisional, visto que os apenados terão que enfrentar, além das barreiras de preconceito e de falta de oportunidades, a violação, por parte da mídia, de sua imagem e de sua vida privada, principalmente quando se tratam de crimes com repercussão social (SANTOS, 2010 *apud* ALMEIDA, 2016, p.163).

Diante dessa ótica, abarcada pelo autor acima, percebe-se que, embora o legislador consagrasse na Lei maior uma proteção aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, ainda há uma dificuldade muito grande de se efetivar essa garantia que se busca com a reabilitação. Há uma clara incongruência até mesmo por parte da doutrina, que grande parte defende a ideia que não esse instituto não tem efeito prático algum, sendo que outra parte defende que há sim uma diferença do instituto previsto no Código Penal, daquele previsto na Lei de execuções penais. Assim, a fim de preservar a intimidade, a vida privada e a imagem dos ex-condenados, adveio a Reabilitação Criminal, em que, é possível que a pessoa oculte a sua condição de egresso do sistema prisional, recuperando, em contrapartida, a estima social. (ALMEIDA, 2016, p.163)

### **2.3 AS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA REABILITAÇÃO PENAL**

O pressuposto para a concessão da reabilitação criminal é ter a sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, a sentença irrecorrível. Os requisitos estão previstos no artigo 94 do Código Penal que preceitua que:

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários. (BRASIL, 1940)

Portanto, após o condenado haver cumprido a pena, ou a pena haver se extinguido de alguma forma, será preciso aguardar o interregno de dois anos para poder se ingressar com a ação de reabilitação criminal. O agente precisará estar morando também por esse período no Brasil, que tenha bom comportamento após o cumprimento da pena, devendo o condenado ter documentos que comprovem esses requisitos (CUNHA, 2016, p.531).

O pedido da reabilitação é privativo do condenado, em que o mesmo mencionará no pedido todas essas documentações, provas e certidões que se fizerem necessárias para o deferimento do pedido. No caso do pedido ser negado, ele poderá pedir novamente desde que tenha novas provas para o preenchimento desses requisitos. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p.659).

Contudo, o artigo 95 do Diploma Penal discorre que a reabilitação poderá ser revogada a pedido da promotoria de justiça se o reabilitado tiver sido condenado como reincidente em decisão definitiva e cuja pena cominada não seja de multa. (BRASIL, 1940). Bitencourt discorre sobre os pressupostos e requisitos para a reabilitação criminal que:

Para a admissibilidade do pedido de reabilitação são necessários dois pressupostos, a condenação irrecorrível e decurso de dois anos, a partir da extinção, de qualquer modo, ou do cumprimento da pena artigo 94, caput, do código penal brasileiro. O pressuposto básico é de que tenha havido condenação irrecorrível, pois sem esta haverá carência da ação. Assim a existência de inquéritos policiais arquivados, absolvições ou de qualquer outra causa extintiva da punibilidade, antes do trânsito em julgado não, fundamentam o pedido de reabilitação. Da mesma forma, é indispensável o pressuposto

temporal, qual seja, o decurso de dois anos, a partir do cumprimento da pena ou da sua extinção. Observa-se que o prazo começa correr da data da extinção e não da data da decisão que é a declara. Inclusive, como novidade, nesse pressuposto temporal, o período de prova, do sursis e do livramento condicional (BITENCOURT, 2016, p. 859).

A reabilitação criminal é um mecanismo jurídico que tem o intuito de reinstaurar o detento na sociedade novamente na mesma situação que ele se presava antes de ter cometido o delito penal, retirando de sua ficha de antecedentes criminais as anotações negativas que nela consta. (DELATORRE *et al*, 2015, p.5).

Nos dizeres de Bittencourt (2019, p.510) “A rigor, a reabilitação tem duas finalidades: permitir ao condenado uma folha corrida *in albis* e restaurar os direitos atingidos pelos efeitos específicos da condenação, com exceção das ressalvas expressas”. Segundo Greco (2022), no que concerne ao juízo que deve ser pedido, o autor preceitua que pelo fato de não ter incluído no rol de suas competências (art.66 da LEP) a apreciação do pedido de reabilitação, tem-se entendido que o conhecimento de tal pedido competirá ao juízo do conhecimento, e não ao da execução, nos termos do art. 743 do Código de Processo Penal, somente revogado parcialmente. (GRECO, 2022, p.1.554).

É o que preleciona Pereira (2019, s.p) “Não obstante, o artigo 743 do Código de Processo Penal, deixa claro que a competência para concessão da reabilitação penal é do juiz da condenação. Por outro lado, o art. 66 da LEP, que relaciona a competência do juízo de execução, não inclui a reabilitação”. Nesse diapasão, Estefam (2022), também, discorre que a reabilitação deve ser postulada perante o juízo da condenação, assim sendo, deve ser feita perante aquele juízo em que tramitou o processo pelo qual o agente foi condenado em definitivo. Deve-se ainda ressaltar que o condenado em vários processos, perante órgãos judiciais diferentes, não precisa requerer a reabilitação em face de todos os juízos perante o qual se viu condenado. (ESTEFAM, 2022, p.826-827).

Pode-se dizer ao discorrer sobre a reabilitação criminal, que tal instituto encontra-se consonância com o que a Lei de Execução Penal, traz em seu artigo 1º na parte final que “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

É o que ratifica a pesquisa do Conselho Nacional de Justiça em pesquisa elaborada no ano de 2015 sobre a reincidência criminal no Brasil que “Conforme previsto na LEP, além do caráter retributivo, a sanção penal deve ter como função “reeducar” e proporcionar condições para a “harmônica integração social do condenado ou do internado” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p.31)

Contudo, isso segue de longe em ser realidade no Brasil. Afirmando essa perspectiva negativa, é o que discorre com veemência em sua pesquisa Jayanne Ághata Lima Prazeres que preceitua que:

Partindo da situação crítica em que se encontram os presídios brasileiros onde, segundo dados da Infopen em 2016 a situação prisional brasileira contava com setecentos mil presos (contando os federais, estaduais e encarcerados nas delegacias) percebe-se que a finalidade da pena adotada pelo sistema penal brasileiro há muito não é atingida nas cadeias e presídios. Dessa forma, aquele que consegue cumprir sua pena e sair da cadeia ainda sim sai impossibilitado de mudar de rumos a sua vida, retornando para a sociedade sem quaisquer condições de buscar meios dignos de sobrevivência. Por esse motivo é que o estudioso Pacheco (2009, p.01) afirma que a reabilitação criminal adotada no ordenamento brasileiro é ineficaz, já que o poder público peca ao lavar suas mãos, não se preocupando com os caminhos a serem tomados pelo reabilitado. (PRAZERES, 2018, p.7-8).

Com base nos dizeres acima, cumpre trazer a última atualização do Infopen sobre a população carcerária brasileira, que teve a última atualização do seu relatório sintético em junho de 2017:

**Figura 1.** Capacidade do Sistema Prisional e déficit de vagas por UF.

**Quadro 6. Capacidade do sistema prisional e déficit de vagas por UF**

<b>Capacidade do sistema prisional e déficit de vagas por UF</b>				
<b>UF</b>	<b>Total de unidades ativas</b>	<b>População Prisional</b>	<b>Vagas no sistema</b>	<b>Déficit de vagas</b>
AC	8	6.263	2.723	- 3.540
AL	10	7.760	3.555	- 4.205
AM	19	8.931	4.412	- 4.519
AP	7	2.806	1.526	- 1.280
BA	23	16.829	10.767	- 6.062
CE	149	26.863	13.264	- 13.599
DF	6	15.894	7.395	- 8.499
ES	34	20.060	13.646	- 6.414
GO	106	21.251	11.605	- 9.646
MA	44	8.766	6.079	- 2.687
MG	244	76.713	46.506	- 30.207
MS	46	16.774	9.426	- 7.348
MT	51	12.292	8.555	- 3.737
PA	46	16.490	8.600	- 7.890
PB	80	12.124	7.892	- 4.232
PE	78	31.001	11.944	- 19.057
PI	15	4.368	2.270	- 2.098
PR	32	50.029	18.723	- 31.306
RJ	50	52.691	29.495	- 23.196
RN	32	9.252	6.873	- 2.379
RO	50	11.394	6.028	- 5.366
RR	6	2.579	1.234	- 1.345
RS	105	36.174	25.813	- 10.361
SC	49	21.558	20.030	- 1.528
SE	9	4.888	2.975	- 1.913
SP	168	229.031	139.881	- 89.150
TO	40	3.573	2.025	- 1.548
<b>Brasil</b>	<b>1.507</b>	<b>726.354</b>	<b>423.242</b>	<b>303.112</b>

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017

Portanto, pode-se ressaltar com cores quentes que os presídios brasileiros estão longe de buscar a efetivação de uma das finalidades da pena vista alhures que busca reeducar e ressocializar o condenado. Tendo em vista que o modelo prisional do Brasil é deficitário e superlotado, sem as mínimas condições de reeducar e de transformar aquele detento que está cumprindo a sua pena, em uma pessoa digna de confiança na ótica da sociedade que, de longe, já detém um preconceito enraizado por quem já teve passagem no sistema prisional. (PRAZERES, 2018, p.8).

Na mesma senda, aduz Barreto sobre a ineficácia do instituto da reabilitação criminal ao dizer que:

Trocando em miúdos, a finalidade ressocializadora da pena há muito não existe nas cadeias brasileiras, que servem apenas como verdadeiras escolas do crime, onde o indivíduo entra como pequeno infrator e sai como um grande criminoso (BARRETO, 2017, s.p),

Tendo em vista, que a dignidade da pessoa humana insculpida expressamente na Lei Maior deve seguir como fundamento primordial da relação entre os indivíduos e, que esta não é encontrada no sistema carcerário, percebe-se forte influência da reincidência dos presos e as situações encontradas no decorrer da execução penal. (GONÇALVES, 2019, p.29).

Para Blank Netto e Silva (2016, p.2), “O sistema criminal está em uma irrefutável decadência e um dos fatores recorrentes é a reincidência do apenado. Na maioria dos casos o cárcere fomenta o indivíduo a praticar novos delitos”. Nesse sentido, Gonçalves traz em seus estudos baseados nos dizeres de Silva, sobre a realidade da função de reinserção social dos condenados:

Nesse sentido Silva comenta sobre a função ressocializadora das prisões, a saber: Hoje, não se ignora que a prisão não regenera nem ressocializa ninguém, perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas onde se diploma o profissional do crime [...] a prisão é uma escola recidiva, uma forma de destruir a personalidade do preso, de deformá-lo e de corrompê-lo. Além de tudo, é um instituto muito caro (SILVA, 2015 *apud* GONÇALVES, 2019, p.31).

Portanto, ainda que o instituto da reabilitação busque que se apague do nome do condenado que já cumpriu a sua pena, as anotações criminais conforme se observou alhures com a doutrina que explica a diferença deste instituto para o dispositivo previsto na Lei de Execução Penal, ainda há muito a melhorar. O Brasil na atualidade, infelizmente não está preparado para a concretização desse instituto, pois como se observou acima, o sistema penitenciário que tem grande importância para que o apenado não cometa mais crimes, não é capaz de efetivar essa garantia de que o indivíduo sairá da prisão preparado para se reintegrar ao convívio com a sociedade harmoniosamente (GONÇALVES, 2019, p.30).

### **3 PENSAR E INTERPRETAR O ARTIGO 1.735, INCISO IV, DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

O processo de constitucionalização do direito civil de 2002 tem como fundamento sua interpretação de acordo com a Constituição de 1988. Enquanto o Código Civil de 1916 foi idealizado para atender um Brasil patriarcal, patrimonial e agrário, o Código atual de 2002 tinha também outras preocupações além da regulação da propriedade (MOREIRA, 2018, p.97). Conforme preceitua Cera (2011, s.p.), “A constitucionalização do direito civil, também chamada de direito civil constitucional, nada mais é do que a imposição de uma leitura dos institutos de direito civil conforme a Constituição Federal”.

O Código Civil de 2002, criado com base na Carta Magna de 1988, ocupou de cuidar integralmente da proteção do indivíduo em suas esferas físicas, psíquicas e moral. Pode-se inserir que os principais princípios do Direito Civil Constitucional foram o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade. Machado (2013, p.5) assevera que “embora a dignidade humana não seja criação constitucional, a partir do momento em que o legislador decidiu elevá-la à condição de fundamento da ordem jurídica, mostrou a preferência do nosso ordenamento pela pessoa humana e por sua dignidade”.

É o que afirma Teixeira em sua pesquisa:

A constitucionalização do direito civil aconteceu mediante a entrada em vigor da Constituição de 1988, que trouxe consigo matérias de cunho particular, antes tratado apenas no código civil. Desse modo, para interpretar as normas do código civil, deve-se levar em conta os princípios constitucionais. Todavia, com a chegada da nova Constituição, houve uma mudança de grande relevância no âmbito civil: o patrimônio particular saiu do centro das relações civis, perdendo espaço para a pessoa humana. Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana passa a ser prioridade, sobrepondo-se aos patrimônios pessoais (TEIXEIRA, 2020, s.p.).

Para ilustrar esses princípios, cabe salientar que muitos dispositivos foram pensados se inspirando nesses princípios constitucionais, como no caso do artigo 21 que dispõe sobre a proteção da vida privada da pessoa que decorre da dignidade. O artigo 421, também, determina que os contratantes devam observar a função social do contrato, ainda que em âmbito estritamente privado, ou seja, a liberdade para

contratar terá de obedecer e ser exercida nos limites da função social. Outro dispositivo que merece destaque é o artigo 1.511 que estabelece igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quando se casam (BRASIL, 2002).

Cabe salientar outra tese importante quando se fala sobre constitucionalização do Direito Civil que é a publicização, que consiste na redução da autonomia privada pela via legislativa em detrimento dos mais hipossuficientes, conforme preconiza Lôbo (2004, s.p.) é “a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos”.

Pode-se inserir como exemplo de publicização do Direito Civil, temas que eram do Direito Civil, mas que deixaram de serem regulados exclusivamente pelo Diploma civilista para ganhar uma proteção em uma legislação própria. Tem-se exemplo o Código de defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a lei de locação de imóveis urbanos. Esses temas eram estritamente de direito privado, contudo, na atualidade existe uma legislação autônoma com uma proteção e intervenção maior do Estado, consistindo nessa redução da autonomia privada (NOREMBERG, 2014, s.p.).

O Código Civil de 2002 traz uma nova mudança de paradigma que decorre após a Constituição de 1988. Com base nesses paradigmas, Flávio Tartuce, elenca três princípios fundamentais conforme se extrai da ideia de Miguel Reale:

- a) Princípio da Eticidade – Trata-se da valorização da ética e da boa-fé, principalmente daquela que existe no plano da conduta de lealdade das partes (boa-fé objetiva). Pelo Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva tem função de interpretação dos negócios jurídicos em geral (art. 113 do CC).
- b) Princípio da Socialidade – Segundo apontava o próprio Miguel Reale, um dos escopos da nova codificação foi o de superar o caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Assim, a palavra “eu” é substituída por “nós”. Todas as categorias civis têm função social: o contrato, a empresa, a propriedade, a posse, a família, a responsabilidade civil.
- c) Princípio da Operabilidade – Esse princípio tem dois sentidos. Primeiro, o de simplicidade ou facilitação das categorias privadas, o que pode ser percebido, por exemplo, pelo tratamento diferenciado da prescrição e da decadência. Segundo, há o sentido de efetividade ou concretude, o que foi buscado pelo sistema aberto de cláusulas gerais adotado pela atual codificação material (TARTUCE, 2020, p.52-53).

Portanto, com base nos dizeres do jurista acima, a operabilidade leva em consideração dois prismas que são a simplicidade e a efetividade, que visa com que

o interprete tenha mais facilidade para analisar e interpretar o Código. A eticidade funda-se no valor da pessoa humana como fontes de todos os demais valores, desse modo a eticidade prioriza a equidade, a boa-fé, a justa causa e os demais valores éticos, sendo que, tais valores éticos servem como condicionantes limitadores, dando novo sentido a autonomia da vontade do direito privado, que irá prevalecer além dessa autonomia, aquilo em que seja respeitada a dignidade da pessoa humana. E o paradigma da socialidade diz respeito à prevalência dos valores da coletividade, ou seja, os valores coletivos, solidários, transindividuais sobre os individuais (TARTUCE, 2020, p.52-53).

Para Dias (2016, p.49), “A família é o primeiro agente socializador do ser humano. A família é cantada e decantada como a base da sociedade e, por essa razão, recebe especial proteção do Estado (CF 226)”. A família, como se viu alhures em outro capítulo, dispõe que é a base da sociedade, tendo, portanto, a proteção estatal, conforme artigo 226 da Constituição Federal de 1988. No Código Civil de 2002, o artigo 1.512 do Código Civil, repetiu o texto do artigo 226, §1º, que preceituam que “O casamento é civil e gratuita a sua celebração” (BRASIL, 2002).

Pode-se dizer que, os dispositivos que discorrem sobre família no Código Civil, tiveram forte influencia da Constituição Federal no artigo 226 e seguinte, em que ambas tiveram o seu conceito de famílias alargadas desde os seus surgimentos até na atualidade conforme já se discorreu nessa pesquisa. Contudo, na ótica trazida pelo Diploma civil, a família teria como fundamento o casamento, apesar do legislador não mencionar expressamente, parte da doutrina extraiu essa lógica, conforme preceitua Maria Berenice Dias:

O livro do Código Civil que trata do direito das famílias, obviamente, só poderia começar pelo casamento. Tal é a preocupação com a família matrimonializada, que a lei lhe dedica nada menos do que 110 artigos. Ainda assim, o legislador não traz qualquer definição nem tenta conceituar o que seja família ou casamento. Não identifica sequer o sexo dos nubentes. Limita-se a estabelecer requisitos para a sua celebração, elenca direitos e deveres dos cônjuges e disciplina diversos regimes de bens. Também regulamenta o seu fim, ou seja, as questões patrimoniais, que decorrem da dissolução do vínculo conjugal. Ainda que não haja um conceito do que seja casamento, no dizer de Washington de Barros Monteiro, sempre foi reconhecido como o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada (DIAS, 2016, p.257).

Contudo, conforme se evidenciou em outro capítulo, muitos foram os avanços dessa forma de se pensar família, não cabendo mais na atualidade pensar família somente com a visão daquela constituída somente pela união de homem e mulher e tampouco somente para aquela constituída pelo matrimônio, tendo, portanto, havido mudanças significativas no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com os entendimentos da suprema corte que reconheceu outros tipos de entidades familiares tendo como pressuposto o princípio da dignidade da pessoa humana que se sobrepõe a qualquer outro, é a família, e não o casamento, que a Constituição chama de base da sociedade, merecedora da especial atenção do Estado (CF 226) (DIAS, 2016, p.258).

### **3.1 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL EM DELIMITAÇÃO**

Nos dizeres de Fontoura (2011, p.23) “o princípio da proteção integral surgiu na década de 80, após a instituição de uma Comissão de Direitos Humanos da ONU, substituindo o paradigma da situação irregular e elevando as crianças e adolescentes a sujeitos de direitos”. Castro (2014, p.7) discorre que “a Doutrina da Proteção Integral é aquela que insere a criança e o adolescente como sujeitos de direitos fundamentais, intitulado “Direito da Criança e Adolescente”. De acordo com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

As disposições da Constituição sobre a proteção da criança e do adolescente são obrigatórias, pois estipula nesta ordem que não é facultativo, mas sim dever da família, da sociedade e do Estado auxiliar na formação e cuidado desses jovens, e prepará-los para viver em sociedade de uma forma digna e bem educada. O dever é solidário e a referência, primeiramente à família, remete ao significado de que é a primeira esfera de atenção que a criança e o adolescente têm (FONTOURA, 2011,

p.31). Dias (2016, p.1.130) preceitua que “A atenção constitucional às pessoas até os 18 anos de idade ensejou sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos de crianças, adolescentes e jovens”. Nos dizeres de Tartuce (2017, p.27), “Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor ou maior interesse da criança, ou *bestinterestofthechild*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças”.

Pode-se citar como um dos exemplos da aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o que preceitua o artigo 1612 do Código Civil (CC) de 2002, que preceitua que: "art. 1612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor" (BRASIL, 2002). Nesse sentido, corroborando com a Lei Maior o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD), também, discorre que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Nos dizeres de Maluf (2018, p.394), “O direito à proteção integral do menor, trata da melhor preferência para que se possa oferecer uma boa formação física, moral, psicológica, para os filhos”. A evolução do tratamento da criança e do adolescente sofreu grandes mudanças desde os tempos idos aos dias atuais. Para ilustrar e se ter ideia de como esses menores eram tratados na antiguidade, Katia Regina Ferreira Lobo Maciel preceitua em sua pesquisa que:

Nas antigas civilizações, os laços familiares eram estabelecidos pelo culto à religião e não pelas relações afetivas ou consanguíneas. A família romana fundava-se no poder paterno (*pater familiae*) marital, ficando a cargo do chefe da família o cumprimento dos deveres religiosos. Os filhos mantinham-se sob a autoridade paterna enquanto vivessem na casa do pai, independentemente da menoridade, já que àquela época não se distinguiam maiores e menores. Filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de relações jurídicas, sobre os quais o pai exercia um direito de proprietário. Assim, era-lhe conferido o poder de decidir, inclusive, sobre a vida e a morte dos seus descendentes.

Os gregos mantinham vivas apenas crianças saudáveis e fortes. Em Esparta, cidade grega famosa por seus guerreiros, o pai transferia para um tribunal do Estado o poder sobre a vida e a criação dos filhos, com o objetivo de preparar novos guerreiros. As crianças eram, portanto, “patrimônio” do Estado (MACIEL *et al*, 2013, p.51-52)

Como se depreende da citação acima, crianças e adolescentes não tinham direitos, eram representados pela figura paterna, que poderia definir o destino da vida de seus filhos conforme sua vontade. Portanto, era nítida a necessidade da criação de leis e princípios para que a sociedade respeitasse esses indivíduos, pessoas com direitos e garantias inerentes ao ser humano como se adultas fossem, sem distinção. Contudo, a evolução ao tratamento desses indivíduos, evoluía a passos lentos, pois era necessária uma Lei que regulasse definitivamente as crianças e adolescentes como seres detentores de direitos como qualquer pessoa, por menos idade que se tenham (MACHADO, 2003, p.32). Nesse sentido, Martha de Toledo Machado discorre que:

Anote-se, pois, inicialmente, que no arco da ampla mobilização social que levou à assembléia constituinte, articulou-se uma poderosa força de pressão aglutinada em torno da defesa dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, composta por profissionais ligados diretamente ao atendimento deles, como psicólogos, médicos, assistentes sociais, advogados, promotores de justiça, juízes de direito, e suas associações profissionais, e também por organismos da sociedade civil organizada ligados à defesa de crianças e adolescentes e à defesa dos Direitos Humanos, que desaguou numa Frente Parlamentar suprapartidária em prol desses interesses, composta por membros de todas as agremiações política representadas na assembleia (MACHADO, 2003, p.26).

Para Machado, “A meu ver, o que basicamente mobilizou esse amplo segmento social foi a indignação em face das consequências nefastas da política de institucionalização generalizada de crianças e adolescentes” (MACHADO, 2003, p.26). Na Idade Média, segundo Maciel, “O Cristianismo trouxe uma grande contribuição para o início do reconhecimento de direitos para as crianças: defendeu o direito à dignidade para todos, inclusive para os menores” (MACIEL *et al*, 2013, p.52). Nesse diapasão, Machado aduz que “Foi no final do século XVII, início do XVIII, em primeiro lugar, que a categoria infância começa a ser identificada pelo tecido social. Na Idade Média, ao contrário, a infância não era percebida como categoria diferenciada dos adultos” (MACHADO, 2003, p.29).

Pode-se denotar que, a partir desses posicionamentos sobre a evolução histórica desses autores, as percepções sociais mudaram, os direitos das crianças e dos adolescentes, em que antes, não eram valorizados no passado, são agora objeto de necessidade e de efetivação em leis devida a mobilização dos cidadãos, da sociedade organizada e da igreja, a qual desempenhou papel importante na efetivação desses direitos. Com isso, os legisladores começam a evoluir no tratamento de crianças e adolescentes (MACIEL *et al*, 2013, p.52).

Então, é promulgada a Constituição de 1988, em que os direitos das crianças e adolescentes estavam assegurados. Nessa toada, Maciel assevera que:

A intensa mobilização de organizações populares nacionais e de atores da área da infância e juventude, acrescida da pressão de organismos internacionais, como o Unicef, foi essencial para que o legislador constituinte se tornasse sensível a uma causa já reconhecida como primordial em diversos documentos internacionais, como a Declaração de Genebra, de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948); a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969) e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras Mínimas de Beijing (Res. 40/33 da Assembleia-Geral, de 29 de novembro de 1985). A nova ordem rompeu, assim, com o já consolidado modelo da situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral (MACIEL *et al*, 2013, p.58).

De acordo com Silveira (2011, p.2), “As mudanças ocorridas na sociedade influenciaram por óbvio as relações familiares e o modo como os pais tratavam e educavam seus filhos, passando as crianças e adolescentes a serem sujeitos de direitos, e não objetos”. Para Oliveira e Duszeiko (2021, p.316), “A criação desse novo modo de ver a criança e adolescente de uma forma diferente, trouxe o país em um grande avanço desenvolvimento para as políticas públicas”

Roberto João Elias entende que “A proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade” (ELIAS, 2010, p.14). Para Maciel *et al*, “A doutrina da proteção integral encontra-se insculpida no art. 227 da Carta Constitucional de 1988, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana” (MACIEL *et al*, 2013, p.63).

Portanto, conforme já abarcado no tópico anterior em consonância com a doutrina trazida acima, os artigos 227 da Constituição Federal de 1988 e o artigo 3º

do Estatuto da criança e do adolescente abarca o fundamento dessa proteção integral. Segundo Pini, (2015, p.11) “O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) [ECRIAD] – Lei nº 8.069/90, de 13/07/1990, concretiza o paradigma da doutrina da proteção integral que expressa notável avanço democrático, ao regulamentar as conquistas relativas aos direitos das crianças e adolescentes”.

Nessa toada, Dias (2016, p.81) discorre que “a maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial”. Nesse sentido, Nucci (2014, p.24) abarca que “as crianças e os adolescentes disporão de um *plus*, simbolizado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento”. Nesse diapasão, cabe trazer os dizeres de Elias: “Importante é frisar que tudo deve ser observado levando-se em conta a liberdade e a dignidade do menor. É preciso não esquecer, em momento algum que ele é o sujeito de tais direitos” (ELIAS, 2010, p.16). Rolf Madaleno assevera que

Conforme disposto ainda no Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre tendo em mira o princípio do melhor interesse, consolidou a doutrina da proteção integral e especial da criança e do adolescente e dispôs no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral desta lei, sendo-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades, com vistas a lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (MADALENO, 2018, p.105).

Portanto uma decorrência da doutrina da proteção integral é o reconhecimento da criança e do adolescente, como sujeitos de direitos. A criança e o adolescente são titulares de direitos fundamentais, conforme se extrai do artigo 3º do ECRIAD. Então, criança e adolescente não são objetos, aos quais as pessoas que convivem com elas podem usá-las e criá-las como a seu bel prazer, elas são titulares de todos os direitos inerentes a pessoa humana (AZAMBUJA, 2021, p.6).

A Teoria da Proteção Integral desempenha papel estruturante no sistema na medida em que o reconhece sob a ótica da integralidade, ou seja, o reconhecimento de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (CUSTÓDIO, 2008, p.32). Por isso, por essa proteção integral está ligada a tudo que se refere ao bem estar e melhor interesse do menor, os julgadores quando se depararem com questões que envolvam crianças e adolescentes devem ter uma maior sensibilidade que o caso

concreto peça, conforme os dizeres da Ministra Nancy Andrigui, trazida na obra de Theotônio Negrão que preceitua que:

“A proteção integral, conferida pelo ECA, à criança e ao adolescente como pessoa em desenvolvimento, deve pautar de forma indelével as decisões que poderão afetar o menor em sua subjetividade. Sob a ótica dos direitos da criança e do adolescente, não são os pais que têm direito ao filho, mas sim, e sobretudo, é o menor que tem direito a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado. Devem as partes pensar de forma comum no bem-estar do menor, sem intenções egoísticas, para que ele possa, efetivamente, usufruir harmonicamente da família que possui, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA” (STJ- 3ª T., REsp 1.076.834, Min. Nancy Andrigui, j. 10.2.09, DJ 4.8.09) (NEGRÃO, 2018, p.1.069).

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Doutrina da Proteção Integral retiraram esses menores de uma condição inferior em termos de direitos sociais, e os colocou em outro patamar de sujeitos de direitos, que conservada suas peculiaridades, devem ter atendidas todas suas necessidades para um pleno desenvolvimento de seus potenciais (CHAVES; COSTA, 2018, s.p.).

Nesse diapasão discorrem Oliveira e Duszeiko (2021, p.316) que “A implantação do princípio da proteção integral traz consigo a garantia de todos os direitos definidos no ECA [ECRIAD] que sejam aplicados e cumpridos mediante a lei”. Para Castro (2014, p.11), “A Doutrina da Proteção Integral significa um grande avanço na formulação de políticas públicas. As crianças e os adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, para quem deve ser respeitada a condição peculiar de ser humano em desenvolvimento”.

### **3.2 O CONTEÚDO JURÍDICO DO ARTIGO 1.735 DO CÓDIGO CIVIL: VISITANDO O INSTITUTO DA TUTELA**

Sobre o instituto da tutela Coelho (2012, p.462-463) preceitua que, “Quando o menor fica órfão de pai e mãe, alguém deve se responsabilizar por ele. Alguém que o proteja, dirija-lhe o restante da criação e educação e zele por seus interesses”. O tutor seria a princípio o substituto dos pais no que tange ao suprimento de capacidade do tutelado, pois, é o tutor que administrará os bens desse tutelado. Nesse caso, será

necessária a nomeação de um tutor para o menor, absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, com o objetivo de proteger seus interesses, promovendo sempre a sua criação e educação (VALENTE, 2017, p.670).

Nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.746) “Trata-se de uma proteção jurídica aos interesses daqueles que se encontra em situação de incapacidade na gestão de sua vida”. Assim preceitua o artigo 1.728 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar” (BRASIL, 2002).

Uma vez nomeado um tutor, pode-se dizer que essa pessoa assumirá o que se chama de *múnus público*, de acordo com o artigo 1.739 do Código Civil, *in verbis*, “Art. 1.739. Se o juiz não admitir a escusa, exercerá o nomeado a tutela, enquanto o recurso interposto não tiver provimento, e responderá desde logo pelas perdas e danos que o menor venha a sofrer” (BRASIL, 2002). Portanto, o magistrado pode não aceitar a escusa, devendo o nomeado exercer a tutela até que o recurso seja provido, respondendo pelas perdas e danos que o menor vier a sofrer (art. 1.739) (VALENTE, 2017, p.670).

Dias (2016, p.1.128) preleciona que “A tutela é um *múnus público* que dispõe de uma estrutura de caráter jurídico-familiar, por isso a preferência na nomeação de parentes para zelar por uma pessoa menor de idade e administrar os seus bens”. Via de regra, o *múnus* da tutoria não pode ser escusado, se não constar na lista de escusas prevista no artigo 1.736 do Código Civil, que são

- I - mulheres casadas;
- II - maiores de sessenta anos;
- III - aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos;
- IV - os impossibilitados por enfermidade;
- V - aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela;
- VI - aqueles que já exercerem tutela ou curatela;
- VII - militares em serviço (BRASIL, 2002)

O direito de nomear o tutor é dos pais conforme artigo 1.729 do CC/2022. O meio mais comum é um testamento, instrumento adequado para manifestações que gera efeito para posterior ao falecimento de quem o fez, mas também se admite outra forma de documento autêntico podendo ser um instrumento público ou particular (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p.748). Sobre a competência para o

deferimento da tutela, se o menor estiver vivendo em âmbito familiar, ainda que órfão, competente será o juízo da vara de família, contudo, se o menor estiver em risco, atrai a competência da justiça da infância e da juventude (DIAS, 2016, p.1.131).

Outra peculiaridade diz respeito ao protutor, previsto no artigo 1.742 do Código Civil que é aquela pessoa que pode se denominada para fiscalizar o tutor, fazendo jus ao recebimento de uma gratificação conforme artigo 1.752, §1º do Código Civil, dado o caráter importante desse instituto que visa criar e proteger os bens do tutelado. Nas palavras de Gonçalves (2017, p.801), “O Código Civil não estabeleceu o âmbito de competência do protutor, atribuindo-lhe tão só a função de fiscalizar os atos praticados pelo tutor, complementando a fiscalização natural, que é a do juiz”.

É incumbência do tutor conforme determina o artigo 1.740 do Código Civil, dirigir a educação do menor, proteger e prestar alimentos a esse menor. Cabe também ao tutor tratar de todos os seus interesses econômicos quanto a bens móveis e imóveis, podendo inclusive, vender, alienar e negociar esses bens. Dar quitações, fazer pagamento, arrendar bens também podendo representar esse tutelado ativa e passivamente em juízo, ou seja, pode ajuizar demandas judiciais em nome do tutelado, podendo ora ser autor, e ora ser o réu desse menor em juízo. Tais obrigações do tutor em relação ao tutelado correspondem às mesmas obrigações que os pais detêm em relação ao menor no exercício do poder familiar (MALUF; MALUF, 2018, p.507).

Insta salientar que muitas dessas atuações serão dadas com autorização prévia do magistrado, principalmente no que concerne ao patrimônio do tutelado, conforme elencado expressamente no artigo 1.748 do Código Civil. Cabe salientar que, se esse menor contar com mais de 12 anos de idade, ele será ouvido em todas as decisões de acordo com o artigo 1.740, inciso III, para tomar ciência do que está sendo realizado com o seu patrimônio (SCHEREIBER, 2020, p.1.333-1.334).

O tutor é obrigado a prestar contas. O artigo 1.756 do Código Civil preceitua que o tutor terá que apresentar o balanço anualmente para que se junte aos autos do inventário. Contudo, a cada dois anos, como preceitua o dispositivo 1.757 do mesmo diploma, ele terá que prestar contas, ou seja, detalhar o que de fato ele fez na administração dos bens e do patrimônio desse tutelado, podendo ter que prestar contas também a qualquer momento em que o juiz requeira. Portanto, o tutor deve ter zelo e atenção pelos bens que administra do tutelado, pois, em caso de prejuízos que ele causar ao menor, ainda que culposamente, ele responderá por perdas e danos

conforme dispõe o artigo 1.752 do Código Civil, podendo ser cobrado por alguma dívida que advir de sua má administração (RIZZARDO, 2019, p. 1.366-1.377).

Outro fator peculiar que se extrai no instituto da tutela e que merece ser discorrido é sobre a responsabilização expressa do magistrado prevista no artigo 1.744, *in verbis*, “Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será: I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente; II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito” (BRASIL, 2002). Sobre essa responsabilização do magistrado, cabe trazer os dizeres de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery:

A nomeação de tutor é ato de responsabilidade da autoridade tutelar. O CC 1744 atribui responsabilidade por ato omissivo do juiz, consistente na não nomeação oportuna do tutor. Nomeação oportuna é a imediata. Não é a nomeação deixada para época oportuna. Oportuno é que o menor esteja seguro, imediatamente. Responsabilidade subsidiária do juiz. Aqui, a responsabilidade do juiz não deriva de sua omissão direta, como na hipótese do CC 1744 I. Deriva da má escolha do tutor e do ato dele, de exercício irregular da tutela, principalmente quando o ato que ocasionou perda ao menor é daqueles que careciam da autorização prévia do juiz (CC 1748), que foi dada indevidamente, ou não foi expressamente proibida, quando ao tutor parecia pudesse intuí-la; ou, ainda, quando os atos não poderiam ser realizados, mesmo com autorização judicial expressa. (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p.2.757-2.758).

Conforme se denota do dispositivo supracitado, percebe-se que o instituto traz normas rígidas para esse instituto, até mesmo para o magistrado que poderá responder pessoalmente se não nomear tutor. Portanto, pode-se afirmar com cores quentes que esse instituto é um dos mais sérios e rígidos existentes em nosso ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, o legislador deixou clara sua preocupação com o cuidado por esses menores, criando regras rígidas até mesmo para aquele quem diz o direito, o juiz direito. Tudo isso para que a criança e o adolescente não sejam em hipótese alguma desamparados e para que, quem de fato, exercer a tutela, não a exerça com falta de atenção e de cuidado (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p.2.757-2.758).

Sem prejuízo do que consta do CC/2002, o Estatuto da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/1990) consagra no seu art. 28 que a tutela é uma das formas de inserção da criança e do adolescente em família substituta (TARTUCE, 2021, p.

2.431). Nesse contexto, importante dizer que no Código Civil de 2002, no título que trata sobre tutela, pode-se dizer que o Estado, nesse caso o juiz, deverá escolher o tutor mais apto e idôneo conforme se denota da leitura do artigo 1731, inciso II parte final e artigo 1.732 caput:

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem: [...]

II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor (BRASIL, 2002)

Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor: (BRASIL, 2002)

Maciel, ao comparar a tutela prevista no código de 1916 para o código atual discorre que “A diferença repousa na ênfase à proteção da criança e do adolescente, à formação integral destes, à garantia de seu direito à convivência familiar, mesmo que não parental” (MACIEL *et al*, 2013, p.318). Para Nucci, “A tutela envolve, necessariamente, a guarda, que confere ao tutor o direito-dever de manter o menor em sua companhia, zelando pelo seu bem-estar” (NUCCI, 2014, p.119). Elias preceitua que “A tutela é um instituto milenar, que sofreu com o tempo evolução edificante, tendo hoje como objetivo primordial a proteção do incapaz. Podemos defini-la como o poder conferido a uma pessoa capaz, para reger a pessoa do incapaz e administrar seus bens” (ELIAS, 2010, p.43).

Na mesma esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 37, parágrafo único, parte final, também reforça a necessidade de se nomear um tutor probo:

Art. 37.[...] Parágrafo único. Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos arts. 28 e 29 desta Lei, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade, se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la (BRASIL, 1990)

Portanto, conforme trazido acima, o tutor deve ser de caráter íntegro para exercer a tutela, pois o que se busca proteger é o melhor interesse da criança e do adolescente sempre, conforme abarcado no tópico anterior. Com referência a menores, trata-se de um sucedâneo do poder familiar (ELIAS, 2010, p.43). E, por se

tratar de criança e de adolescente, com observância no preceito constitucional do artigo 227 da CF e do ECRID, o que prevalecerá será sempre o interesse do menor, nesse raciocínio, importante trazer a observação de Nucci:

[...] quer-se crer seja a pessoa de confiança dos pais do menor e não deveria ser objeto de tanta avaliação por parte do Judiciário. Mas é. Dispõe o Código Civil: “Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:[...] Além disso, deve encaixar-se nos preceitos dos arts. 28 e 29 deste Estatuto: ser pessoa aprovada pela equipe interprofissional da Vara da Infância e Juventude – o que demonstra ser competência deste juízo e não da Vara Cível comum – , além de ser considerado compatível com a natureza da tutela e ter ambiente adequado à criança ou adolescente (NUCCI, 2014, p.121-122)

Diante disso, denota-se com a citação acima, que a tutela prevista na legislação é inspirada e moldada nos ditames da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança, seguindo, portanto, esses princípios fundamentais e obrigatórios quando se trata de criança e adolescente, que deve prevalecer sempre, em todos os assuntos inerentes aos menores (NUCCI, 2014, p.121-122). Sobre os tipos de tutela que a doutrina traz, três são as espécies, que são a tutela legítima, testamentária e dativa. Sobre essas espécies de tutela, assim discorre Fabio Ulhôa Coelho em seu magistério:

Na tutela legítima, o tutor é escolhido pelo juiz entre os parentes consanguíneos do menor, obedecida a ordem disposta na lei. Seu pressuposto é a inexistência de nomeação pelos pais. A escolha do juiz deve-se nortear, por óbvio, em função das aptidões dos parentes em zelar pelos interesses do tutelado, em busca do que se mostra mais preparado.

Na tutela testamentária, o tutor é a pessoa escolhida de comum acordo pelo pai e mãe do menor. Verifica-se essa espécie de tutela quando os pais não consideram que os seus parentes estejam aptos para cuidar dos interesses do filho e guiar-lhe o restante da criação e educação;

Por fim, na tutela dativa, o juiz escolhe o tutor fora do círculo familiar do menor. Dá-se a hipótese quando falta nomeação pelos pais e não vive nenhum dos parentes arrolados na ordem legal de investidura. Também é dativa a tutela quando os tutores testamentários e legítimos foram excluídos da função, dela se escusaram ou a perderam por inidoneidade (CC, art. 1.732) (COELHO, 2020, p.134-136).

A tutela testamentária está prevista no artigo 1.729 do Código Civil, *in verbis*, “Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único.

A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico” (BRASIL, 2002). Para Dias (2016, p.1.133), “Na tutela testamentária, Não há qualquer vedação a que a nomeação seja feita por meio de codicilo (CC 1.881), que, afinal, nada mais é do que um escrito particular”. Na mesma toada, discorre Maluf e Maluf:

Os pais poderão optar pela indicação de várias pessoas capazes de exercer a tutela, em ordem de preferência ou não. Essa solução, como concebe Alexandre Assunção, “é interessante, pois, havendo exclusão, escusa ou remoção, poderá ser nomeado outro sem ferir disposição de vontade dos pais (MALUF; MALUF, 2018, p.502).

Nos dizeres de Pereira (2017, p.550), “Tutela testamentária. A nomeação do tutor é uma prerrogativa dos pais, mas não é arbitrário o seu exercício. Faz-se em testamento, codicilo ou outro documento autêntico”. Na visão de Rizzardo (2019, p.1.344), “Vem a ser aquela que é deferida por testamento ou ato de última vontade, e muito pouco sendo empregada”. Gonçalves (2017, p.792) abarca que “A tutela testamentária é regulada nos arts. 1.729 e 1.730 do Código Civil, que atribuem o direito de nomear tutor somente “aos pais, em conjunto”. Não há a prevalência de um sobre outro”. A tutela legítima tem escopo no artigo 1.731 do Código Civil:

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem:  
I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;  
II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor (BRASIL, 2002).

Dias (2016, p.1.134) abarca que “Tutela legítima. Na nomeação do tutor, imperioso atender ao melhor interesse do infante, devendo o encargo ser atribuído a quem já tiver com ele alguma afinidade, ainda que se afaste o juiz do rol legal”. Na tutela legítima, Pereira (2014, p.514) preceitua que “É certo que o juiz pode alterar a ordem, inspirado no melhor interesse do tutelando. Mais conveniente seria, entretanto, que lhe fosse de pronto oferecido um esquema legal, para que decida com mais segurança”.

A ordem a qual o autor se refere é a ordem do artigo 1.731 do Código Civil, pois, no que tange ao inciso I, o autor alerta que o critério adotado nem sempre será mais vantajoso ao tutelado, pois, se seguir a preferência da letra da lei, em alguns

casos poderia o encargo recair sobre avós ou bisavós, o que, ao ver do autor, em muitos casos, esses tutores poderiam não mais ter condições de arcar com o encargo, não restando alternativa, senão se escusarem pela idade. Portanto, o magistrado terá a faculdade de alterar a ordem se baseando no princípio do melhor interesse da criança (PEREIRA, 2017, p.551).

Na mesma lógica, é o que afirma Gonçalves (2017, p.794) “A bem do menor, pode o juiz alterá-la e até não nomear nenhum dos parentes consanguíneos, se comprovadamente inidôneos ou incapacitados, escolhendo pessoa idônea estranha à família, pois se há de dar, sempre, prevalência aos interesses do incapaz”. Nos dizeres de Rizzardo (2019, p.1.346) “Cuida-se da tutela deferida aos parentes consanguíneos, segundo a ordem de proximidade. Provém da lei e não da vontade das partes. Daí o termo “legítima”. É, aliás, a mais comumente usada na prática forense.

Nesse diapasão, aduz Maluf e Maluf (2018, p.503) “Quanto à tutela legítima, é a deferida pela lei aos parentes consanguíneos do menor, na falta de tutela testamentária, por inexistência ou nulidade”. Já a tutela dativa, está prevista no dispositivo 1.732 do Diploma Civil, *in verbis*, “Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor: I - na falta de tutor testamentário ou legítimo; II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela; III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário” (BRASIL, 2002).

Na ótica de Dias (2016, p.1.134) “Na tutela dativa, Na falta ou exclusão do tutor legítimo ou testamentário, bem como na ausência de parentes em condições de exercer a tutela, cabe ao juiz conferi-la a uma pessoa estranha. É a chamada tutela dativa”. Nesse diapasão, Pereira diz que “Em qualquer desses casos, cabe ao juiz nomear tutor pessoa idônea, e residente no domicílio do menor de idade“. Na mesma senda, abarca Rizzardo (2019, p.1.347) que “Vem a ser a tutela conferida pelo juiz, que escolhe pessoa estranha, ou não parente, para o encargo. Isto justamente ou por inexistirem parentes, ou por considerar coerentes e justas as escusas, ou porque não revelam eles condições para o exercício do cargo”. Nessa esteia, discorre Gonçalves (2017, p.795) “A tutela é dativa quando não há tutor testamentário, nem a possibilidade de nomear-se parente consanguíneo do menor, ou porque não existe nenhum, ou porque os que existem são inidôneos, foram excluídos ou se escusaram”. O artigo 1.735 do Código Civil preceitua que:

Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;

II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor;

III - os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;

V - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela (BRASIL, 2002).

Conforme a doutrina discorre sobre esse dispositivo, em todas as situações descritas pela norma, o que se busca preservar e assegurar é a idoneidade do tutor e todos os bens jurídicos do tutelado, como sua, vida, formação, educação e patrimônio, afastando-se situações, objetivas ou subjetivas, que possam pôr em risco tais bens jurídicos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p.752). Para Venosa (2017, p.469), “O cargo de tutor é de confiança do Estado e exige absoluta idoneidade e ausência de conflito com o menor e seu patrimônio. A exigência de idoneidade é de tal nível que ocorre durante todo o tempo de exercício da tutela”. Nos dizeres de Maluf e Maluf:

Uma vez que a tutela é um instituto que visa à promoção do menor, eivado do poder familiar, assim como garantir sua assistência e administração do seu patrimônio, a nomeação de um tutor responsável por essas tarefas, que representam um *munus publicum*, deve preencher as condições de fundo necessárias para tal ato (MALUF; MALUF, 2018, p.505)

O legislador ao elaborar esse dispositivo, redobrou seus cuidados na escolha do tutor, pois a tutela implica não só na entrega de patrimônio, mas, também na concessão da guarda de um incapaz de quem não tem alguém para zelar por ele. Portanto, a Lei expressa quais são as pessoas incapazes ou não legitimadas para exercer esse encargo (DIAS, 2016, p.1.135).

### 3.3 DISCRIMINAÇÃO LEGAL VERSUS REABILITAÇÃO PENAL: CRÍTICAS E REFLEXÕES À HIPÓTESE DO INCISO IV DO ARTIGO 1.735 DO CÓDIGO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS TUTELADOS?

O inciso desafiador, que foi o objeto dessa pesquisa e análise, refere-se ao inciso IV do artigo 1.735 do Código Civil, principalmente no que concerne a sua parte final, “tenham ou não cumprido a pena”. Assim, preceitua o supracitado artigo e inciso, *in verbis*, “Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:[...] IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;”(BRASIL, 2002). À luz desse rígido dispositivo que o legislador endureceu, a fim de preservar a criança e o adolescente, foi aprovado um enunciado 636 do Conselho da Justiça Federal que preceitua que:

Enunciado 636 – Art. 1.735: O impedimento para o exercício da tutela do inc. IV do art. 1.735 do Código Civil pode ser mitigado para atender ao princípio do melhor interesse da criança.

Justificativa: A intenção do legislador de proteger criança e adolescente de um eventual tutor inepto para o cuidado de sua pessoa e dos seus bens gerou um texto de lei que flagrantemente ultrapassa a razoabilidade no sistema jurídico brasileiro, em choque com normas constitucionais e infraconstitucionais. Nota-se no texto a desconsideração do direito ao esquecimento daquele que, em débito com a lei criminal, tenha cumprido sua pena. Ao mesmo tempo, o texto não deixa claro que a aplicação deve se fazer conforme à verificação da gravidade do crime cometido (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018, p.11).

Analisando o enunciado acima, extrai-se que o conflito com as normas constitucionais se mostra inegáveis, abrindo-se margem para interpretações tanto para esse suposto tutor inepto, tanto para o tutelado. É o que se pode interpretar na leitura do artigo 1º, inciso III da Lei Maior, “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Nesse caso, onde ficaria a dignidade desse tutor que apesar de haver cumprido sua pena perante o estado e a sociedade, é expressamente proibido de exercer a tutela? E se ele for reabilitado? De outra banda, onde ficaria a dignidade da pessoa humana desse menor tutelado que ao ver do legislador poderia ter sua infância

corrompida por uma pessoa que não mostra que é idôneo para administrar todos os bens jurídicos inerentes a esse menor? O enunciado 636 inteligentemente inclinou-se a resolver essa questão invocando o princípio do melhor interesse da criança, ainda que a questão se mostre complexa (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018, p.11).

Imperioso trazer à baila o que preceitua a Magna Carta sobre a igualdade e contra a discriminação em seu artigo 5º, XLI e artigo 3º, IV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

[...]XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Na mesma senda, cumpre abarcar o que preceitua o artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “Artigo 7 - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” (ONU, 1948) Nesse diapasão, é o que preceitua também o artigo 1º da convenção americana dos direitos humanos, da qual o Brasil também faz parte:

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (BRASIL, 1992).

Conforme se denota com os artigos da Constituição de 1988, corroborado com a DUDH e a CIDH, o tema contraria a discriminação de qualquer outra natureza e formas. Desse modo, o legislador estaria discriminando esse condenado? Ou de fato, em se tratando de criança e adolescente poderia abrir essa exceção para se proteger esses menores? O enunciado nº 636 visa orientar os julgadores que se busque

analisar o caso concreto, caso a caso, e mais uma vez, o princípio do melhor interesse deve prevalecer para essa decisão (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018, p.11).

Sobre a mitigação trazida, imperioso se faz trazer à pesquisa julgado recente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre o deferimento de curatela de ex-condenado por crime pela justiça, de relatoria do Ministro Renato Dresch na qual a mitigação surtiu efeito, pois o processo transitou em julgado:

**Ementa:** Agravo de instrumento - curatela provisória - antecedentes criminais - curador - Impedimento - mitigação - interesse do interditando.

- A curatela tem cunho eminentemente protetivo da pessoa do incapaz, estando sujeitos à curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, nos termos do art. 1767 do Código Civil.

- Apesar de o art. 1.735, IV, do Código Civil dispor que são impedidos do exercício da tutela os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, deve haver interpretação mitigatória do dispositivo proibitivo do exercício de curatela por conta dos antecedentes, se existirem provas suficientes a justificar o exercício da curatela pelo irmão da interditanda.

(TJMG-AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.064258-3/001 - COMARCA DE ESPINOSA - AGRAVANTE(S): BRENO TORRES DA SILVA – AGRAVADO(A)(S): DANIELA TORRES DA SILVA – Ministro Relator - Renato Dresch - Data do Julgamento: 22/07/2021)

Antes de comentar o julgado, só a título de esclarecimento, o instituto da curatela mencionado no julgado, aplica-se aos ditames atinentes a tutela conforme preceitua o artigo 1.774 do CC/2002, “Art. 1.774. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes” (BRASIL, 2002). Portanto, o que diferencia os institutos é que na tutela é referente às crianças e adolescente que não completaram a maioridade civil, enquanto na curatela, é exercida sobre pessoas que embora, já atingiram a maioridade, não são capazes de exercer os atos da vida civil em virtude de enfermidade física ou intelectual, dependendo, portanto de alguém que cuide deles para sua subsistência e administração dos bens (DIAS, 2016, p.1.147-1.148).

Feito esse esclarecimento para melhor compreensão, no julgado em epígrafe, o Ministro relator ao aplicar o direito, materializou a mitigação do artigo 1.735, inciso IV, trazida pelo Enunciado 636, pois apesar de não envolver criança e adolescente, aplica-se ao instituto da curatela as disposições elencadas na tutela. Ao julgar o caso,

o ministro em seu voto, ao analisar o caso concreto, fez uma analogia do princípio do melhor interesse da criança trazido no Enunciado para o melhor interesse da curatelada. No julgado o Ministro relata que:

A folha de antecedentes criminal do agravante não é boa, contudo, não há indicação de outra pessoa da família que melhor possa exercer a curatela, razão pela qual deve haver interpretação mitigatória do dispositivo proibitivo do exercício de curatela por conta dos antecedentes. Lembre-se que a curatela poderá ser substituída a qualquer tempo. Reputo que os interesses da interditanda se sobrepõem aos registros criminais, modo que se justifica manter por ora a curatela provisória do irmão, ora agravante. Aliás, o irmão exerce a curatela de fato agindo em proteção da interditanda, devendo ser preservado o melhor interesse do curatelado. Pelo exposto, dou provimento ao recurso, ratificando a decisão proferida quando do recebimento do recurso, para nomear o agravante como curador provisório da interditanda Daniela Torres da Silva (TJMG-AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.064258-3/001 - COMARCA DE ESPINOSA - AGRAVANTE(S): BRENO TORRES DA SILVA – AGRAVADO (A)(S): DANIELA TORRES DA SILVA – Ministro Relator - Renato Dresch - Data do Julgamento: 22/07/2021)

No que concerne à proibição prevista no artigo 1.735, inciso IV, do Código Civil de 2002, também é alvo de divergências doutrinárias entre os juristas, tendo doutrina com um posicionamento mais incisivo e rígido e outras se mostrando favoráveis e cautelosas com a mitigação trazida. Isso posto, cumpre trazer alguns autores que se mostram inalteráveis com o texto do dispositivo civil, como Rolf Madaleno que discorre que:

O motivo está na falta de idoneidade dessas pessoas com antecedentes criminais praticados contra o patrimônio, tenham ou não sido condenados, pois nada as recomendam para cuidarem da pessoa do menor e de seus bens. Da mesma forma em relação aos condenados por crime contra a família ou os costumes, diante da clara mostra de falha de sua personalidade, completamente incompatível com o munus da tutoria (MADALENO, 2018, p.1.554)

Complementando aduz Nery Junior e Rosa Nery (2015, p.2.750) “O inciso sob comentário está de acordo com o sistema, que exige do tutor condições pessoais para cumprir seus deveres com zelo e boa-fé”. Na mesma esteira, discorrem Maluf e Maluf (2018, p.505) que “não podem exercer tutela os condenados por crime de furto, roubo, estelionato ou falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido a

pena, pois tais pessoas, *juris et de jure*, são havidas como inidôneas”. Carlos Roberto Gonçalves é mais rívido e incisivo ainda em sua obra ao dizer que:

Denota-se a intenção do legislador de resguardar o menor não só da ação maléfica de ladrões, estelionatários e falsários, como também do mau exemplo daqueles que, por terem sido condenados por crime contra a família ou os costumes, revelam personalidade incompatível com a responsabilidade pela criação e educação de crianças ou adolescentes (GONÇALVES, 2017, p.797).

No mesmo diapasão dispõe Venosa (2017, p.470) “Os crimes descritos no inciso IV não favorecem a administração de bens de outrem ou o trato com menores, assim como o mau procedimento e a improbidade”. De outro lado, Flávio Tartuce se mostra favorável a mitigação trazida:

Sobre a previsão relativa aos condenados por crime, o Enunciado n. 636, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil (2018), admite a sua mitigação, o que conta com o meu apoio. Nos seus termos, “o impedimento para o exercício da tutela do inc. IV do art. 1.735 do Código Civil pode ser mitigado para atender ao princípio do melhor interesse da criança” (TARTUCE, 2021, p. 2.433).

O tema caminha para cada vez mais ser enfrentado pelos tribunais, conforme se mostrou pelo julgado do TJMG que deferiu essa tutela de um curador que já foi condenado. Esse precedente tem todas as nuances e elementos para que o judiciário comece a se debruçar e definir um entendimento uníssono para esse tema. É o que denota nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho, ao afirmarem que esse inciso tem todas as características de ser inconstitucional:

O inciso IV é de constitucionalidade duvidosa, pois parte do pressuposto de que alguém que tenha cometido um delito vá necessariamente cometer novamente. Agrava também a referência de que, ainda que já tenha cumprido pena, permanecerá sujeito a esse impedimento. É o tipo de norma que, em nosso sentir, exige redobrada cautela do julgador em sua aplicação (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p.753).

No mesmo diapasão, discorre Anderson Schreiber ao preceituar que:

Hipótese digna de atenção é a do inciso IV, Embora compreensível a preocupação do legislador com o resguardo dos interesses do tutelado, uma aplicação rigorosa da regra pode fazer com que pessoas

já ressocializadas e com fortes vínculos socioafetivos com o tutelado sejam afastadas da tutela, sendo substituídas por alguém menos apto (SCHREIBER, 2020, p.1332).

Portanto, à luz de todo o exposto nesse tópico e para o objeto que inspirou a análise da pesquisa, cabe abordar algumas considerações. Estudando os posicionamentos da doutrina favorável e contra, mais o conflito das normas internacionais da qual o Brasil faz parte e até mesmo da garantia fundamental da própria Constituição de 1988 sobre a igualdade e a coibição das formas de discriminação, a controvérsia no que tange ao tema em discussão no que diz respeito à real aplicação desse instituto em prol do condenado que cumpriu a pena ter ou não o direito para exercer a tutela (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018, p.11)

De acordo com esse dispositivo civilista, o condenado, ainda que faça jus à reabilitação criminal, depois de preenchidos os requisitos da lei, não poderá, ainda que de fato ou teoricamente ressocializado exercer o múnus da tutoria em face de qualquer tutelado, independente se é a vítima do crime ou não, causando mais complexidade ainda no final desse dispositivo, quando o legislador preceitua o dizer “tenham cumprido ou não a pena (BRASIL, 2002).

O que deixa o tema ainda mais intrigante, e que será certeza de que será certamente objeto de mais debates das instâncias superiores é o fato de no enunciado 636 está em dissonância com a Suprema Corte, no que tange ao direito ao esquecimento do preso (BAUER; BRANDALISE, 2021, s.p). No tema de repercussão geral 786, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal firmando a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (BRASIL, TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 786 20/05/2021, MINISTRO DIAS TÓFOLLI).

Entretanto, pode-se afirmar com a leitura da parte final da tese, que a mesma não é absoluta, cabendo uma análise conforme cada caso concreto. Inclusive, tal

instituto será novamente discutido em breve, pois há um dissídio com o Superior Tribunal de Justiça sobre o mesmo tema conforme julgado abaixo.

Recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Sequência de homicídios conhecida como chacina da candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconstitucional de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado (RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7)10/09/2013 RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO)

Percebe-se por esse julgado que há uma conexão com a pesquisa que se realizou, pois, está em pauta, o direito do condenado que cumpriu a pena de ter sua dignidade respeitada com o direito ao esquecimento (BAUER; BRANDALISE, 2021, s.p). Entretanto, esse julgado que era de 2013 ainda vai ser objeto de apreciação novamente por parte do STF, pois foi interposto Recurso Extraordinário, tendo sido admitido somente nesse ano de 2022:

Recurso extraordinário. Direito ao esquecimento. Matéria com repercussão geral reconhecida. Tema 786/STF. Acórdão recorrido que refuta juízo de re no (RECURSO ESPECIAL Nº 1334097 - RJ (2012/0144910-7) RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI RETRATAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO ADMITIDO. 18 de março de 2022)

Portanto, tendo em vista a própria tese do STF que permitiu flexibilizar a tese para que se analisasse caso a caso, e com base no posicionamento do STJ que é favorável ao direito ao esquecimento. Dependendo do que a Suprema Corte fixar quando se fizer esse julgamento, pode haver desdobramentos no que concerne a esse tema da reabilitação e ressocialização do condenado, pois, pode haver uma mudança no sentido da interpretação do Enunciado, até porque, até a presente data dessa pesquisa prevalece a tese fixada do Supremo da não compatibilidade do direito ao esquecimento, sendo que no futuro o tema será rediscutido novamente com o Resp1334097/RJ (BAUER; BRANDALISE, 2021, s.p)

Desse modo pode-se dizer que o Enunciado 636 da VIII Jornada de direito Civil aprovado está por enquanto tacitamente revogado na parte do direito ao esquecimento, estando pendente de futuro posicionamento do STF sobre o tema. E em pleno vigor, tendo inclusive um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais aplicando essa tese, no que concerne a mitigação para atender o melhor interesse da criança (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018, p.11)

## CONCLUSÃO

Para tons de conclusão, conforme se demonstrou abordando sobre a família, a tutela, a doutrina da proteção integral, o princípio do melhor interesse da criança e o instituto da reabilitação criminal, o assunto objeto do tema é complexo. Contudo, conforme se evidenciou no decorrer da pesquisa, houve uma mitigação trazida no Enunciado 636 da VIII Jornada de Direito Civil de 2018 que flexibiliza o artigo 1.735, inciso IV do Código Civil de 2002 para atender o princípio do melhor interesse da criança. Havendo um julgado recente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em que se observou a efetivação dessa mitigação discorrida nesse Enunciado.

Evidenciou-se que o objetivo do presente tema consistiu em analisar essa proteção que o legislador deu aos tutelados, a fim de que esses menores não fossem submetidos aos cuidados de pessoas inidôneas, proibindo expressamente ex condenados por crimes de poderem exercer o múnus da tutela. Portanto, observou-se pelos objetivos específicos a caracterização da família como base da sociedade e da formação do indivíduo e o afeto como elemento principal no ceio familiar. Examinou-se o instituto da tutela e seus efeitos e todos os seus desdobramentos, abordando-se também conforme se demonstrou a divergência dos cientistas jurídicos sobre a efetividade de sua aplicação para os ex-condenados. Discorreu-se também sobre a mitigação trazida pelo enunciado 636 da VIII Jornada de Direito Civil acerca da aplicação do artigo 1.735, inciso IV do Código Civil para atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo inclusive um precedente recente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nesse sentido.

Dessa forma, evidenciou-se que a problemática do tema abordado consiste nessa proteção que foi dada a fim de proteger os menores, acaba colidindo com outros ramos do direito conforme se demonstrou. O texto criado no Diploma Civil, colidi não só com o instituto da reabilitação da ceara penal como também com garantias constitucionais da não discriminação de qualquer natureza. Com isso, analisou-se a hipótese de que embora coubesse a família em conjunto com o Estado o dever de proteção e cuidado com esses menores, conforme consagra a constituição, se tornaria legítima ou não essa atuação do

legislador ao criar esse texto rígido para o instituto da tutela. A outra hipótese consistiu em demonstrar que essa proibição fere a preceitos constitucionais e se contrapõe ao que o instituto da reabilitação visa que é não só o sigilo dos registros e da condenação, como também a efetividade da dignidade desse condenado que, ao ser ressocializado, teria direito de viver em sociedade com harmonia e sem a discriminação por ter cometido um crime, contudo, ainda sofre com a desconfiança do legislador e da sociedade.

Portanto demonstrou-se no primeiro capítulo que a família evoluiu com o passar do tempo, saindo daquela premissa de que família se constituía somente com o casamento perante a igreja entre homem e mulher, e sendo reconhecidas, na atualidade, diversas formas de entidades familiares. Abarcou-se que aquele modelo de família enraizado que tinha a figura do homem no controle de tudo, deu lugar para a mulher ganhando o espaço e destaque que merece. No que tange a desigualdade que se tinha pelos filhos no passado, onde as Leis os classificavam e discriminavam, restou-se superada, principalmente com a promulgação da Magna Carta que igualou os filhos a mesma condição.

Observou-se que, na atualidade, existem diversas espécies de entidades familiares, e que, ainda que não conste expressamente em leis, os tribunais e a Suprema Corte reconheceram outros tipos de entidade familiares, pois conforme se demonstrou o que se busca com a família é o afeto nas relações, para que o indivíduo tenha sua base conforme preconiza a Lei Maior vivendo dignamente com o modelo de família que quiser, pois o que importa é a harmonia, bom convívio e a relação de afeto dos membros da família.

No segundo capítulo abordou-se a evolução do modo de se pensar e aplicar o direito penal, em que, nos primórdios como ficou demonstrado havia penas baseadas em vinganças, que consistiam numa série de penas desumanas e cruéis que eram aplicadas. Na medida em que se evoluiu a forma de aplicação da pena e das sanções, foi existindo penas mais justas em que consistiam não só em aplicar a pena como forma de punir somente o condenado, mas sim, buscar também ressocializar o condenado, para que esse não volte a cometer delitos, conforme prevê o Código Penal de 1940, trazendo como uma das formas de ressocialização do condenado o instituto da reabilitação criminal.

A reabilitação criminal conforme discorreu na pesquisa consiste ao condenado o direito ao sigilo de suas passagens criminais desde que tenham

preenchidos os requisitos para o seu deferimento. Seria uma forma de dar dignidade ao condenado que tenha cumprido sua pena ou que a tenha sido extinta de viver em sociedade sem a mancha em sua dignidade da sociedade e do próprio Estado o discriminar por algum dia ter cometido delitos. Contudo, o sistema penitenciário brasileiro na atualidade não contribui para a efetivação da ressocialização do apenado.

No terceiro capítulo abordou-se o como o processo de constitucionalização do Código Civil mudou a forma de se interpretar e julgar casos relacionados ao diploma Civil, em que ficou demonstrado que se devem aplicar os dispositivos com fulcro principalmente na dignidade da pessoa humana. Abordou-se sobre o instituto da tutela, da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança. Assim sendo, o caráter protecionista, ao se confeccionar as normas para tutelar o direito dessas pessoas, deve preponderar ao ver do legislador sobre outras normas para maior proteção dos tutelados. Destarte, insta consignar que até mesmo o magistrado pode ser responsabilizado pessoalmente se não observar os cuidados para a escolha do tutor.

Contudo, observou-se que o texto do artigo 1.735, inciso IV do Código Civil claramente é oposto aos ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana e da vedação da discriminação das pessoas de qualquer forma e natureza e também com a efetividade da própria reabilitação criminal. Dessa forma, o Enunciado 636 da VIII Jornada do Direito Civil, busca sanar essa incongruência do texto civilista, aconselhando a flexibilização ao aplicar essa norma desde que atenda ao melhor interesse da criança, sendo que há um precedente nesse sentido, conforme se demonstrou no julgado trazido do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Ora, o que ainda será objeto de reanálise será o direito ao esquecimento, pois há atualmente um dissídio jurisprudencial entre o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Portanto, evidenciou-se com a temática que, apesar da complexidade que ela proporciona, deve-se haver uma reflexão pela sociedade e pelo Estado sobre a efetivação da dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos. É justo o Estado querer proteger esses seres em formação, pois, quando menores tendem a se espelhar em que os cria e direciona para a vida em sociedade. Entretanto não se pode ferir o que a própria

Constituição que é a igualdade a todos e o que ela veda que é a discriminação em todas as suas formas e natureza.

Por conseguinte, conclui-se conforme ficou evidenciado que a mitigação trazida foi um norte esclarecedor para tentar corrigir esse dispositivo civil que contraria ao que está expresso na Carta Magna, orientando o julgador a ter cautela quando se deparar com essa situação no caso concreto. Um precedente já foi efetivado com o seu trânsito em julgado, quando o Tribunal de Justiça de Minas Gerais permitiu que um ex-condenado exercesse a tutela de sua irmã com base no melhor interesse da curatelada. O que ainda será objeto de análise pelo judiciário será o direito ao esquecimento, que apesar do próprio Supremo fixar a tese de ser incompatível com a Constituição, a tese não é absoluta, pois como a própria tese preceitua, cada caso tem que ser analisado de forma pormenorizada.

Diante disso, em breve terá uma rediscussão sobre o tema, que tem uma ligação com a temática abordada, pois o Superior Tribunal de Justiça havia reconhecido o direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram a pena com base na dignidade da pessoa humana no REsp. nº 1.334.097/RJ que foi objeto de Recurso Extraordinário e será enfrentada pela Suprema Corte em breve.

Portanto, acredita-se conforme ficou demonstrado no estudo que o tema ainda será objeto de mais discussões futuras pelo judiciário para que se tenha um modo de aplicar e interpretar esses dispositivos. Sendo que se pode dizer que a parte da mitigação trazida pelo Enunciado 636 da VIII Jornada do Direito Civil, na parte que tange ao atendimento do princípio do melhor interesse da criança foi bem aceita por parte da doutrina, havendo um precedente do TJMG que materializa esse entendimento. E na parte do texto do Enunciado que concerne ao direito ao esquecimento, por ora, estaria tacitamente revogada, sendo que em breve, haverá uma nova interpretação que pode influenciar ou não no futuro o modo de aplicação dos julgadores nesses institutos abordados pelo tema.

## REFERENCIAS

AIRES, Kássio Henrique dos Santos. A mulher e o ordenamento jurídico: Uma análise do tratamento de gênero pela legislação civil brasileira. *In: Âmbito Jurídico*, São Paulo, 2017. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-mulher-e-o-ordenamento-juridico-uma-analise-do-tratamento-de-genero-pela-legislacao-civil-brasileira/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ALMEIDA, Jéssica de Jesus. Reabilitação criminal sob a perspectiva de ressocialização dos egressos do sistema prisional. *In: REBELA*, v.6, n.1. jan.-abr. 2016. Disponível em:

<https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/rebela/article/view/2621/1639>. Acesso em 18 mai. 2022.

ALVES, Roosenberg Rodrigues. Família Patriarcal e Nuclear: conceito, características e transformações. *In: II Seminário de Pesquisa da Pós-Graduação em História, ANAIS...*, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 14-16 set. 2009. Disponível em:

[https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09\\_RoosembergAlves.pdf](https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09_RoosembergAlves.pdf). Acesso em 07 mar. 2022.

AMARAL, Isabela Guimarães do. Inferiorizando mulheres no período imperial brasileiro: a influência do Direito. *In: XXVI Simpósio Nacional de História, ANAIS...*, São Paulo, 11 jul. 2011. Disponível em:

[https://anpuh.org.br/uploads/anais-simposios/pdf/2019-01/1548856592\\_2060d6da3eefbd31d04138d55d9707e0.pdf](https://anpuh.org.br/uploads/anais-simposios/pdf/2019-01/1548856592_2060d6da3eefbd31d04138d55d9707e0.pdf). Acesso em: 05 mar. 2022.

ARAUJO, Fabricia Alves. Conceitos de famílias e seus históricos e as modalidades reconhecidas no Brasil. *In: Jus Navigandi*, Teresina, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63800/familia>. Acesso em 24 fev. 2022.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Breve revisão da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral e do Novo Código Civil.**

Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/centro-de-estudos/wp-content/uploads/sites/10/2021/04/Adocao.pdf>. Acesso em 29 mai. 2022.

AZEREDO, Christiane Torres de. O conceito de família: origem e evolução. *In: IBDFAM*, portal eletrônico de informações, 14 dez. 2020. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%C3%ADlia:+origem+e+evolu%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 23 fev. 2022.

BARRETO, Douglas. **Reabilitação criminal.** A (in)eficácia do instituto autônomo da reabilitação criminal e seus aspectos gerais. Disponível em:

<https://barretogpi.jusbrasil.com.br/artigos/495846134/reabilitacao-criminal>. Acesso em 22 mai. 2022.

BAUER, Luciana; BRANDALISE, Giulianna de Miranda. **O direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro**: um delineamento do instituto levando em consideração os desafios da era virtual, as contribuições da jurisprudência internacional e o julgamento do RE nº 1.010.606. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=2151](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2151). Acesso em 31 mai. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 22. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BLANK NETTO, Leticia; SILVA, Isabel Cristina Martins. A teoria abolicionista e a ineficácia do sistema criminal na reintegração do apenado tendo a justiça restaurativa como uma possibilidade. *In*: XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, **ANAIS...**, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/16130/4024>. Acesso em 22 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 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: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 30 Mai. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 1.144, de 11 de Setembro de 1861**. Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das leis do imperio, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados ao registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzão efeitos civis. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>. Acesso em: 04 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 15 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del4737.htm). Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/l0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0883.htm). Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em 27 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm). Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm). Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 18 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em 28 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 20 mai. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/>. Acesso em 31 mai. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2022.

CAMPOS, Ipojucan Dias. Código Civil e igreja: construções, discursos e representações (1916-1940). *In: Revista Eletrônica História em Reflexão*, Dourados, v. 7, n. 14, jul.-dez. 2013. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/2937/1627>. Acesso em: 15 abr. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CASTRO, Luiza Alves de. **Aplicação da Doutrina da Proteção Integral em situações de vulnerabilidade**. Artigo Científico (Especialização *Lato Sensu*) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2014/trabalhos\\_22014/LuizaAlvesdeCastro.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/LuizaAlvesdeCastro.pdf). Acesso em 30 mai. 2022.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O conceito de união estável e concubinato nos os tribunais nacionais. *In: Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 63, 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-63/o-conceito-de-uniao-estavel-e-concubinato-nos-os-tribunais-nacionais/>. Acesso em: 23 abr. 2022.

CERA, Denise Cristina Mantovani. **No que consiste a chamada constitucionalização do direito civil?** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2526086/no-que-consiste-a-chamada-constitucionalizacao-do-direito-civil-denise-cristina-mantovani-cera>. Acesso em 28 mai. 2022.

CHAVES, Eduardo; COSTA, Liana Fortunato. Doutrina da Proteção Integral e o Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes. *In: Avances en Psicología Latinoamericana*, Bogotá, v. 36, n. 3, p. 477-491, dez. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-47242018000300477](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-47242018000300477). Acesso em 30 mai. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família, Sucessões**. v. 5. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família, Sucessões**. v. 5. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

CONCIANI, Marcos Vinicius de Souza; RODRIGUES, Geraldo Silva. A família socioafetiva: uma visão crítica acerca das novas entidades familiares vinculadas ao afeto. *In: Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, v. 2, n. 1,

2014. Disponível em:

<http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/38/20>. Acesso em: 24 abr. 2022.

CONSELHO da Justiça Federal. **VIII Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em 30 mai. 2022.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>. Acesso em 25 mai. 2022.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CUNHA, Matheus Antonio da. O conceito de família e sua evolução histórica. *In: Investidura*, Florianópolis, 27 set. 2010. Disponível em: [www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/politica/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/politica/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica). Acesso em: 27 fev. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016;

CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *In: Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>. Acesso em 30 mai. 2022.

D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. A história do direito penal brasileiro. *In: Projeção, Direito e Sociedade*, v.5, n.2. 2014. Disponível em: <https://docplayer.com.br/18255014-A-historia-do-direito-penal-brasileiro.html>. Acesso em 06 mai. 2022.

DAHER, Roberto José. História do Direito Penal. *In: Revista Eletrônica FACP*, a. 1, n. 1, jan. 2012. Disponível em:

<http://revista.facp.com.br/index.php/reFACP/article/view/2/2>. Acesso em 02 mai. 2022.

DE PRETTO, Pedro Siqueira; DE PRETTO, Renato Siqueira. **O Código Civil de 1916 e sua convivência com a Constituição de 1988**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc03.pdf?d=636808302468299681>. Acesso em: 17 abr. 2022.

DELATORRE, Cleitom *et al.* A reabilitação do reingresso do réu para a sociedade. *In: ENCITEC, ANAIS...*, Faculdade Sul Brasil, Toledo, 2015. Disponível em: [https://www2.fag.edu.br/coopex/inscricao/arquivos/encitec/20151027-144416\\_arquivo.pdf](https://www2.fag.edu.br/coopex/inscricao/arquivos/encitec/20151027-144416_arquivo.pdf). Acesso em 18 mai. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016;

DOMINGUEZ, Joelza Ester. **Família, patriarcalismo e mulheres no Brasil Colonial**. Disponível em: <https://ensinarhistoria.com.br/familia-no-brasil-colonial/>. Acesso em: 16 abr. 2022.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

ESTEFAM, André **Direito Penal**: Parte Geral – Arts. 1o a 120. v. 1. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**. parte geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve História do Direito Penal e da Evolução da Pena. *In: Revista Eletrônica Jurídica*, n. 1, p. 60-69, jan.-jun. 2012. Disponível em: <http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/redir/article/view/362/pdf>. Acesso em 05 mai. 2022.

FLEMING, Bianca Garcia. Paternidade socioafetiva x paternidade biológica. *In: Jus Navigandi*, Teresina, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71258/paternidade-socioafetiva-x-paternidade-biologica>. Acesso em: 23 abr. 2022.

FONTOURA, Bárbara Pamplona. **A Aplicação da Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pelo Judiciário Brasileiro**. 63f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília 2011. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/314/3/20612365.pdf>. Acesso em 30 mai. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017;

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: Direito de Família. v. 6. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GARCIA, Breno morais; RIBEIRO, Guilherme da Silva. Sistema prisional brasileiro e a reabilitação do detento na sociedade. *In*: **ETIC**, Toledo, v. 17, n. 17, 2021. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/9099/67650776>. Acesso em 20 mai. 2022.

GILDO, Nathália. Evolução histórica do conceito de filiação. *In*: **Jus Navigandi**, Teresina, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46589/evolucao-historica-do-conceito-de-filiacao>. Acesso em: 18 abr. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. v. 6. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. v. 3. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

GONÇALVES, Iris Saraiva. **A ineficácia do sistema criminal na reintegração do apenado**. 49f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Unifacig, Manhuaçu, 2019. Disponível em: <http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/repositorioctcc/article/view/1740/1353>. Acesso em 23 mai. 2022.

GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 11 ed. Niterói: Impetus, 2017;

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 24 ed. Barueri: Atlas, 2022.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v. 1. 37 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

KONKEL, Eliane Nilsen; CARDOSO, Maria Angelica; HOFF, Sandino. A condição social e educacional das mulheres no Brasil Colonial e Imperial. *In*: **Roteiro**, v. 30, n. 1, p. 35-60, jan.-jun. 2005. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/roteiro/article/view/8816/4852>. Acesso em: 04 mar. 2022.

LEITE, Gisele. **Anotações sobre família contemporânea**. Disponível em: <https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/363482597/anotacoes-sobre-familia-contemporanea>. Acesso em: 25 abr. 2022.

LIMA, Geildson de Souza. A evolução no conceito de família: a família como instrumento na busca da felicidade. *In*: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 22 ago. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47369/a->

evolucao-no-conceito-de-familia-a-familia-como-instrumento-na-busca-da-felicidade. Acesso em: 27 fev. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *In: IBDFAM*, portal eletrônico de informações, 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>. Acesso em 29 mai. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

LOPES, Tatiane Oliveira; BORGES, Fernanda da Silva. **Direitos e conquistas das mulheres e os desafios para a concretização da igualdade de gênero**. 67f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/277/1/TCC%20TATIANE%20OLIVEIRA%20LOPES%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022.

LUCCHESI, Mafalda. Filhos – Evolução até a plena igualdade jurídica. *In: EMERJ* (Coord.). **Série Aperfeiçoamento de Magistrados**. 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. v. 1. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil\\_231.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_231.pdf). Acesso em: 17 abr. 2022.

MACEDO, Fernanda. Conceitos gerais: a origem da família, os fundamentos constitucionais brasileiros e os tipos de família. *In: Jus Navigandi*, Teresina, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40065/conceitos-gerais-a-origem-da-familia-os-fundamentos-constitucionais-brasileiros-e-os-tipos-de-familia>. Acesso em: 05 mar. 2022.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família**: repercussão na relação paterno-filial. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/principios-constitucionais-paterno-filial.pdf>. Acesso em 29 mai. 2022.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole. 2003;

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013;

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018;

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado**. v. 1. 11. ed. São Paulo: Editora Forense, 2017;

MINISTÉRIO da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 21 mai. 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MIRANDA, Clever Augusto Jatobá. **Pluralidade das entidades familiares: Novos contornos da família contemporânea brasileira**. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/123456730/185/3/CLEVER%20AUGUSTO%20JATOBA%20MIRANDA.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

MIRANDA, Márcia Mathias de. Criminalidade, técnicas de intervenção e política criminal: representações e análise da reabilitação do criminoso. *In: Teoria e Cultura*, Juiz de Fora, v. 10, n. 1, jan.-jun. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/TeoriaeCultura/article/view/12217>. Acesso em 19 mai. 2022.

MOREIRA, José Cláudio Domingues. **A constitucionalização do Direito Civil: o direito público matou o direito privado?** Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc04.pdf?d=636808302999166702>. Acesso em 28 mai. 2022.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

NEGRÃO, Theotônio *et al.* **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código civil comentado**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, [s.d.]

NOREMBERG, Alessandra. A publicização do direito privado e a privatização do direito público. *In: Jus Navigandi*, Teresina, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35120/a-publicizacao-do-direito-privado-e-a-privatizacao-do-direito-publico>. Acesso em 30 mai. 2022.

NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. **A evolução do conceito de família**. Disponível em:

[http://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf](http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf). Acesso em: 25 Abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente**

**Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014;

NUNES, Marlucia Ferreira; ABREU, João Paulo de Oliveira. O código Civil e a evolução no modelo familiar tradicional: a incorporação do afeto no âmbito jurídico. *In: Revista Saber Eletrônico*, Jussara, v. 2, n. 1, jan.-mar. 2018.

Disponível em:

<https://sabereletronico.emnuvens.com.br/saber/article/viewFile/19/28>. Acesso em: 18 abr. 2022.

OLIVEIRA, Camila; DUSZEIKO, Yasmin de Camargo. Doutrina da Proteção Integral. *In: EVINCI, ANAIS...*, UniBrasil, Curitiba, v.7, n.1, p.316-316, out.

2021. Disponível em:

<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/5999/4661>. Acesso em 30 mai. 2022.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Aspectos da evolução do conceito de família, sob a perspectiva da sociedade brasileira, nos períodos colonial e imperial, no tocante à ordem social e política. *In: Revista Jurídica Cesumar*, Ponta Grossa, v.4, n. 1, 2004. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/361/424>. Acesso em 05 mar. 2022.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Família contemporânea**. Disponível em:

<https://books.scielo.org/id/965tk/pdf/oliveira-9788579830365-03.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. Provimento que alterou regras para reconhecimento de filiação sociofativa. *In: Conjur*, portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-09/provimento-alterou-regras-reconhecimento-filiacao-socioafativa>. Acesso em:

25 abr. 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 30 mai. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 5. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

PEREIRA, Jeferson Botelho. Reabilitação penal: instrumento de restauração da dignidade humana? *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 24, n. 5.991, 26

nov. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77612>. Acesso em: 28 mai. 2022.

PICCINI, Ana Carolina. O dever fundamental de proteção da família: aspectos gerais. *In: IBDFAM*, portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1467/O+dever+fundamental+de+prote%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia%3A+aspectos+gerais>. Acesso em: 21 de Abr. 2022.

PINI, Francisca Rodrigues de Oliveira *et al.* **Salvar o estatuto da criança e do adolescente (ECA)** 1.ed. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2015;

PRADO, Luiz Régis. Teoria dos Fins da Pena: Breves Reflexões. *In: Ciências Penais*, [s.v.], jan. 2004. Disponível em: <http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>. Acesso em 15 mai. 2022.

PRAZERES, Jayanne Ághata Lima. **Reabilitação Criminal**: os abusos nos requisitos para declaração de reabilitação e a ineficácia deste instituto. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/13.pdf>. Acesso em 20 Mai. 2022.

RIBEIRO, Neide Aparecida; CALIMAN Geraldo. Reabilitação Criminal: O Papel da Educação Social em Processos de Violência e Exclusão. *In: Interacções*, v. 38, p. 80-101, 2015. Disponível em: [https://www.academia.edu/43082123/Reabilita%C3%A7%C3%A3o\\_Criminal\\_o\\_Papel\\_da\\_Educa%C3%A7%C3%A3o\\_Social\\_em\\_Processos\\_de\\_Viol%C3%Aancia\\_e\\_Exclus%C3%A3o](https://www.academia.edu/43082123/Reabilita%C3%A7%C3%A3o_Criminal_o_Papel_da_Educa%C3%A7%C3%A3o_Social_em_Processos_de_Viol%C3%Aancia_e_Exclus%C3%A3o). Acesso em 18 mai. 2022.

RIOS, Fernanda de Melo. **Paternidade socioafetiva e a impossibilidade de sua desconstituição posterior**. 55f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31336/FERNANDA%20DE%20MELLO%20RIOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 abr. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **A família decorrente do casamento e sua repercussão no Código Civil de 2002**. 329f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6828/1/oprtese.pdf>. Acesso em 23 fev. 2022.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal - Teoria Crítica**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SAMARA, Eni de Mesquita. O Que Mudou na Família Brasileira?: da Colônia à Atualidade. *In: Psicologia USP: Dossiê Família*, São Paulo, v. 13, n. 2, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/GhXXDBp5YNgpDRqZrWHfQ3k/?lang=pt>. Acesso em: 06 mar. 2022.

SANTOS, Milla Souza dos. A pluralidade familiar: a quebra de paradigmas da família tradicional. *In: Jus Navigandi*, Teresina, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82160/a-pluralidade-familiar-a-quebra-de-paradigmas-da-familia-tradicional>. Acesso em: 23 abr. 2022.

SANTOS, Natalye Regiane Alquezar dos. Parâmetros legais e sociais da família socioafetiva. *In: IBDFAM*, portal eletrônico de informações, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1648/Par%C3%A2metros+legais+e+sociais+da+fam%C3%ADlia+socioafetiva>. Acesso em: 25 abr. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Bruna de Linhares *et al.* Dos Efeitos da Condenação e da Reabilitação: uma análise acerca das implicações da sentença condenatória e da eficácia da reabilitação. *In: Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 22, n.1, jan.-jun. 2016. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/853/720>. Acesso em 22 mai. 2022.

SILVEIRA, Paula Galbiatti. **A doutrina da proteção integral e a violação dos direitos das crianças e adolescentes por meio de maus tratos**. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/\\_img/artigos/A%20doutrina%2017\\_11\\_2011.pdf](https://ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20doutrina%2017_11_2011.pdf). Acesso em 30 Mai. 2022.

SOUZA, Guilherme Gomes. **A Vingança Privada no Ordenamento Jurídico: seus reflexos na contemporaneidade**. 47f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/bitstream/prefix/1654/1/GuilhermeGomesSouza.pdf>. Acesso em 03 mai. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. v. 5. 12 ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: v. único. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: v. único. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2021.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da Afetividade no direito de família.**

Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 25 abr. 2022.

TEIXEIRA, Davi Melo. Constitucionalização do direito civil. *In: Jus Navigandi*, Teresina, 2020. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/79652/constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em 29 mai. 2022.

TRINDADE, Stella Paiva. Reabilitação Penal e o direito penal de registro: a certidão negativa criminal como empecilho para a recolocação do egresso penal no mercado de trabalho. *In: Caderno Virtual*, v. 2, n. 44, abr.-jun. 2019. Disponível em:

<https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/view/3830/1662>. Acesso em 21 mai. 2022.

VALENTE, Rubem. **Direito Civil Facilitado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017;

VASCONCELLOS, Ana Carolina Esteves. **A Evolução do conceito de família na pós modernidade**. 65f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2014. Disponível em:

<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1169/A%20EVOLU%C3%87%C3%83O%20DO%20CONCEITO%20DE%20FAM%C3%8DLIA%20NA%20OP%C3%93S%20MODERNIDADE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 abr. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017;

VIANNA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:

<https://docplayer.com.br/20938829-O-instituto-da-familia-e-a-valorizacao-do-afeto-como-principio-norteador-das-novas-especies-da-instituicao-no-ordenamento-juridico-brasileiro.html>. Acesso em: 25 abr. 2022.

VINHAS, Cleidson Teixeira *et al.* A Ineficácia Social da Reabilitação Criminal. *In: Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*. São Paulo, v. 7, n. 2, fev. 2021. Disponível em:

<https://www.periodicorease.pro.br/rease/article/view/933/419>. Acesso em 21 mai. 2022.

VIOTO, Tatiane Fernanda de Jesus; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. História do Direito Penal e Sua Imputabilidade. *In: ETIC*, Toledo, 2016.

Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/5747/5464>. Acesso em 03 mai. 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

XAVIER, Lucas Bittencourt e. A Família Brasileira em face da História e do Direito. *In: Revista Científica Fagoc Jurídica*, v. 1, 2016. Disponível em: <https://revista.unifagoc.edu.br/index.php/juridico/article/view/55/137>. Acesso em 04 mar. 2022.

ZARIAS, Alexandre. A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça. *In: Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 25, n. 74, out. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/mtrdd7vmQc9Bw54XhXW8QbH/?lang=pt>. Acesso em 27 fev. 2022.

ZIMMERMANN, Rafael. Apontamentos Sobre a História do Direito no Brasil: Fatos Políticos e Histórico-Sociais. *In: Direito em Debate*, Ijuí, a. 23, n. 41, jan.-jun. 2014. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2969>. Acesso em 10 mai. 2022.