

REVISTA DE ESTUDOS
JURÍDICOS
DO UNI-RN

Edição n.02 • 2018



ISSN 2447-3871



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

Centro universitário do Rio Grande do Norte

N.2, Janeiro / Dezembro 2018

e-ISSN 2447-3871



Copyright: Direitos desta edição reservados ao
Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN (e-ISSN 2447-3871)

On-line - <http://revistas.unirn.edu.br/>

E-mail: revistajuridica@unirn.edu.br

Catálogo na Publicação – Biblioteca UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

R454

Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN / Centro Universitário do
Rio Grande do Norte. – n.2 (jan./dez.2018)- . – Natal : UNI-RN,
2018-

Anual

Descrição baseada em n. 2 (jan. /dez. 2018).

Nova edição após interrupção dos anos de 2016 e 2017

e-ISSN: 2447-3871

1. Direito 2. Meio ambiente. 3. Assédio sexual. 4. Ambiente
virtual. 5. Guarda compartilhada. 6. Lei de incorporação
imobiliária. 7. Memória jurídica.

RN/UNI-RN

CDU 34

Fernando Roberto Brandão da Silva (CRB 15/383)

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE

Presidente

Dr. Manoel de Medeiros Brito

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE

Reitor

Prof. Daladier Pessoa Cunha Lima

Vice-reitora

Prof^a Ângela Maria Guerra Fonseca

Pró-reitora Acadêmica

Prof^a Fátima Cristina de Lara M. Medeiros

Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação

Prof. Aluísio Alberto Dantas

Coordenadores do Curso de Direito

Prof^a Úrsula Bezerra e Silva Lira

Prof^a Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI-RN
Rua Prefeita Eliane Barros, 2000 – Tirol – Natal/RN – CEP 59.014-540
Portal: <http://revistas.unirn.edu.br>
E-mail: revistajuridica@unirn.edu.br

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Fábio Fidelis de Oliveira

Presidente

Ana Beatriz Presgrave Ferreira Rebello

Ednaldo Benício de Sá Júnior

Everton da Silva Rocha

José Eduardo de Almeida Moura

Lenice Silveira Moreira de Moura

Walber Cunha Lima

Editoração

Fernando Roberto Brandão da Silva

Ilustração da Capa

Executiva propaganda

Diagramação e Normalização

Fernando Roberto Brandão da Silva

Revisão

João Maria de Lima

Coordenação Editorial

Prof^o Fábio Fidelis de Oliveira

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
<i>Fábio Fidelis de Oliveira</i>	
I - ARTIGOS:	
A FALTA DE INVESTIMENTOS NA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UM ESTUDO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NA REGIÃO METROPOLITANA DE NATAL	7
<i>Ana Júlia Fernandes Moraes Ferreira e João Batista Machado Barbosa</i>	
A LEI DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E SUA APLICAÇÃO AOS LOTEAMENTOS	26
<i>Marcos Cunha Lima Rosado Batista e Úrsula Bezerra e Silva Lira</i>	
AMBIENTE VIRTUAL: OS LIMITES DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE	50
<i>Flávio Antônio de Lara Andrade Junior e Edinaldo Benício de Sá Júnior</i>	
EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS COM ANIMAIS E SEUS ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS	74
<i>Daiara Garcia e Walber Cunha Lima</i>	
IGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR: UMA ANÁLISE À LUZ DA APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA DIATÓPICA	95
<i>Ilana Lucas Diôgo e Ana Mônica Medeiros Ferreira</i>	
O ASSÉDIO SEXUAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E SUA RELAÇÃO COM A DESIGUALDADE SALARIAL DE GÊNERO	119
<i>Tatiana Vieira de Almeida e Marcelo Maurício da Silva</i>	
PARAÍSO PERDIDO: ESTUDO SOBRE LITERATURA E DIREITO	148
<i>Carlos Henrique Medeiros Costa e Fábio Fidelis de Oliveira</i>	
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E A GUARDA COMPARTILHADA: APLICABILIDADE DIANTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL	168
<i>Barbara Gadelha de Freitas Brito e Felipe Maciel</i>	
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE JURISDICIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA FILOSOFIA DO DIREITO E DA EVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO PROCESSUAL	193
<i>Caio Filipe Rêgo Cavalcanti e Thiago Tavares de Queiroz</i>	
II - MEMÓRIA JURÍDICA:	
A FAMÍLIA NO BRASIL	217
<i>Otto de Brito Guerra</i>	

EDITORIAL

A Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN é um periódico jurídico eletrônico anual, com regime de publicação de artigos acadêmicos em fluxo contínuo, destinado à divulgação de trabalhos dispostos em variadas áreas do direito e em conexão com ciências afins ao estudo do fenômeno jurídico. Lançada inicialmente em 2016, a publicação retorna a continuidade de sua missão com a edição de 2018 dedicada à produção do alunado com uma coletânea de “Trabalhos de Curso” selecionados, a integrar uma das melhores contribuições discentes na construção do conhecimento a partir dos alicerces institucionalmente fornecidos.

Além dos artigos, será inaugurado o espaço “Memória Jurídica” com o objetivo de resgatar relevantes contribuições de juristas potiguares. Na presente edição seguem os apontamentos do Professor Otto de Brito Guerra, um dos fundadores da Faculdade de Direito em terras potiguares que dedicou ao tema “Família” grande parte de sua contribuição doutrinária e jornalística.

O Curso de Direito do UNI-RN mantém, assim, a tradição de valorização da reflexão acadêmica, fruto dos contínuos estímulos à busca pela integração de suas atividades com o universo da investigação científica: um dos alicerces para a construção de um conhecimento questionador e sintonizado com as necessidades de nossa sociedade.

Fábio Fidelis de Oliveira.

Editor

REVISTA DE ESTUDOS
JURÍDICOS
DO UNI-RN



I-ARTIGOS

A FALTA DE INVESTIMENTO NA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UM ESTUDO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NA REGIÃO METROPOLITANA DE NATAL

Ana Júlia Fernandes Morais Ferreira¹

João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

Os resíduos sólidos na região Metropolitana de Natal no Estado do Rio Grande do Norte representam uma antiga falha do Estado de investir em projetos de preservação do meio ambiente através de processos de reciclagem e reutilização de resíduos. Para tanto, este trabalho se propõe a um estudo sobre o consumo e descarte dos resíduos na cidade, além da forma de coleta e transformação desses materiais; na tentativa de diminuição da poluição. Feito isso, procura-se apresentar a importância do Município como ente responsável, juntamente com cooperativas e associações, na implantação e criação dos meios de administração dos resíduos sólidos; além da participação na conscientização da sociedade em realizar a seleta dos resíduos. Fomenta-se assim a construção social do Município como instrumento para a preservação do meio ambiente, assim como a geração de mão de obra e renda nas possíveis atividades e trabalhos.

Palavras-chave: Gestão ambiental. Lei nº 12.305/10. Meio ambiente. Preservação ambiental. Resíduos sólidos.

LACK OF INVESTMENT IN THE PRESERVATION OF THE ENVIRONMENT:

A SOLID WASTE STUDY IN THE METROPOLITAN NATAL REGION

ABSTRACT

Solid waste in the metropolitan region of Natal in the state of Rio Grande do Norte represent an old State failure to investing in environmental preservation projects through recycling processes and reuse of waste. To this end, a study was made about the consumption and disposal of waste in the city, besides the way of collecting and transformation of these materials; in the attempt to reduce pollution. Done that, seeks to present the importance of the municipality as a responsible body, with cooperatives and associations, in the implantation and creation of the means of administration of solid waste; besides to the participation in the awareness of society in carrying out selective

¹Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: anajuliafmoraisfereira@gmail.com.

² Professor Mestre. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: jbmb@uol.com.br

waste collection. It thus fosters the social construction of the municipality as an instrument for preserving the environment, as well as the generation of labor and income in the possible activities and works.

Keywords: Environmental management. Lei 12.305/10. Environment. Environmental preservation. Solid waste.

1 INTRODUÇÃO

Na Lei nº 12.305/10, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos, fomenta a responsabilidade compartilhada entre os agentes (Estado, comércio e sociedade). O Estado tem seu papel mínimo de incentivar os outros agentes e proporcionar a realização do processo de transformação dos resíduos sólidos; assim como o incentivo à sociedade em realizar a separação do lixo, seja em residência, local de trabalho, ou até mesmo na rua; além de indicar os locais para a separação do lixo e apresentar investimento às cooperativas de catadores, completando a proteção ao meio ambiente.

Com o Advento dessa lei e o Decreto 7.404/10, todos os municípios brasileiros passaram a ter que realizar a gestão de seus resíduos sólidos, definindo um marco e a partir dele realizar suas orientações. Essas orientações devem estar presentes nos Estudos de Regionalização, na elaboração do planejamento de gestão de resíduos sólidos, assim como a gestão integrada intermunicipal e às organizações e estímulos com as cooperativas do setor de reciclagem de resíduos sólidos.

Diante desses fatores, a temática dos resíduos sólidos em meio a sociedade contemporânea, vem ganhando maior visibilidade, levando em conta também a realidade do desenvolvimento sustentável em que todos vivem. Sendo assim, é mais que perceptível a necessidade de investimento, motivação, conscientização e fiscalização em relação aos resíduos sólidos, visando a proteção ambiental; garantindo maiores expectativas de evolução social em um meio de vida saudável e seguro.

Seguindo os ditames da Lei dos Resíduos Sólidos, muitas oportunidades vão surgir, como consequência da manutenção do ciclo. Além do papel de participação da sociedade como um dos ativos, existe outro grupo em participação ativa, que deve receber incentivo e investimento para completar os primeiros passos, sendo este grupo formado pelas cooperativas e associações que realizariam o trabalho de catadores, enquanto agentes sociais e ambientais, e gestores, após a finalização e redistribuição.

Considerando os Catadores de resíduos como grupo ativo na cadeia produtiva, percebe-se a intenção que existe em regulamentar a inclusão formal desses na geração de emprego e renda. Assim como constitucionalmente teriam um reconhecimento de uma categoria de trabalhadores, a qual não é vista pela sociedade atual com bons olhos e importância devida, já que possuem um papel central na reciclagem dos resíduos.

O impacto gerado seria mais que positivo, proporcionando evolução e novas estratégias, por existir lucro sucessivo e vantagens, no sentido de gerar mão de obra em diferentes setores, em busca de um único fim; reduzindo a extração de recursos naturais e erradicando o trabalho infante-juvenil nos lixões, além da recuperação das áreas degradadas pelas indústrias.

Por assim ser, pode-se dizer que dentre as intenções da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, um dos principais instrumentos seria promover o incentivo ao desenvolvimento das cooperativas e associações de catadores, assim como a coleta seletiva, os sistemas de logística e ferramentas na implantação de responsabilidades compartilhadas entre os agentes; e, o monitoramento e fiscalização ambiental e sanitária. Tudo através do setor público e privado com suas técnicas e investimentos financeiros.

A garantia do bem-estar individual e coletivo está diretamente ligado ao meio ambiente. Todos os seres fazem parte de uma construção evolutiva infinita. A dignidade da pessoa humana prevalece acima de tudo e em sua formação dar-se-á uma completa subsistência básica, sendo esta formada por um complemento de elementos do meio ambiente. Há uma grande necessidade na preservação, não apenas por investimento industrial, mas por ser um complemento presente em todos os meios que o Ser Humano busque em uma sociedade.

2 OS RESÍDUOS SÓLIDOS NA REGIÃO METROPOLITANA DE NATAL

A Região Metropolitana de Natal (RMN) foi criada, em 1997, por meio da Lei Complementar Estadual (LCE) n. 152; atualmente composta por 20 municípios e conta com a produção de 43,5% de resíduos gerados, segundo informações do Plano Estadual de Resíduos Sólidos do RN no ano de 2015 (PERS, 2015).

A gestão dos resíduos sólidos na Região Metropolitana de Natal se caracteriza como um grande desafio. Até 2004, todos os resíduos produzidos pela Metrópole, eram destinados a lixões; após esse referido ano, os resíduos sólidos gerados passaram a ser

depositados em aterro Sanitário, criado pelos 6 (Seis) dos 10 (dez) Municípios da Região Metropolitana de Natal, na mesma época.

Todavia, mesmo com a criação de aterro Sanitário, a limpeza urbana não era efetiva por falta de administração. Desta forma, o interesse público entre os municípios evoluiu nesse sentido, tendo-se visto necessário estudar a relação entre a gestão integrada nos resíduos sólidos na região Metropolitana de Natal e a procura que os municípios possuíam em diminuir os problemas ambientais e urbanos.

Nesse sentido foi-se analisado todos os percentuais de população em cada um dos municípios integrantes, produções e descartes domiciliares, permitindo que fosse identificado os municípios que possuíam eficiência em coleta dos lixos em domicílio e os que possuíam poucas coletas, até os que não possuíam nenhuma; tomando como parâmetros os índices de coleta estadual e Nacional.

A análise dos dados do Ipea (2015) tornou possível verificar que parte da população da Região Metropolitana de Natal não possuía serviço básico de coleta de lixo.

Tabela 1 - Percentual da população em domicílios sem coleta de lixo nos municípios da Região Metropolitana de Natal.

Município da Região Metropolitana de Natal	% da população em domicílios sem coleta de lixo (2010)
Natal (RN)	1,18
Parnamirim (RN)	1,19
Vera Cruz (RN)	1,5
Ceará Mirim (RN)	1,95
Goianinha (RN)	3,19
São José de Mipibu (RN)	3,72
Monte Alegre (RN)	4,31
Nísia Floresta (RN)	4,44
Ielmo Marinho (RN)	4,53
Macaíba (RN)	4,84
Arês (RN)	5,2
São Gonçalo do Amarante (RN)	7,65
Extremoz (RN)	9,2
Maxaranguape (RN)	20,15

O estudo realizado dois anos após os indicativos no quadro acima demonstrou um mínimo avanço no que tange ao cumprimento da Política Nacional dos Resíduos Sólidos pelos municípios que compõem a Região Metropolitana de Natal. Para tanto, tornou-se essencial o cumprimento da Lei 12.305/2010.

Vale ressaltar que diante da pesquisa realizada o Governo do Estado ainda é tímido no que se refere ao papel de responsabilidade da implementação do compartilhamento de gestão para com o Rio Grande do Norte entre seus municípios. Tal fato é comprovado em audiências pública desde 2016, as quais eram realizadas com a finalidade de atualização do Plano Estadual de Gestão Integrada dos Resíduos sólidos; entretanto, até o ano de 2018 não foram implementadas melhorias efetivas.

A explicação técnica apresentada pelo governo está pautada nas características dos municípios e na proximidade entre as cidades. Todavia, a fixação de gestão distinta entre os municípios de uma mesma região Metropolitana prejudica o planejamento na resolução de uma mesma problemática, mesmo havendo diferenças na composição de cada município; revelando desinteresse em união e resoluções em comum, passando a ser fundamento da composição da região metropolitana o aspecto política desta, em detrimento aos critérios objetivos pautados em cada município.

Em outras palavras, a falta de cooperação então os municípios da região Metropolitana de Natal é um problema político. A ausência de uma estrutura de governo que presa pela união em resolução de conflitos em comum para melhoria do Estado é a realidade presente.

O estudo da gestão da região metropolitana de Natal possibilitou visualizar que não existe nenhum fator facilitador na realização de normas entre os municípios da região. Enfatizando a falta de Governança e coordenação do Estado do Rio Grande do Norte, fato que não deveria existir pois impede a existência de cooperação entre os entes na Região.

2.1 OS RESÍDUOS SÓLIDOS E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A Ideia de manter cada coisa sua limpa não basta mais. Já chegou ao ponto de que a sociedade deixou de ser apenas pequenos grupos e se transformou em imensos grupos, se tornando quase que impossível uma organização centralizada, no sentido de proteção a um todo. E, diante do cenário do aumento da pobreza, da segregação territorial e social,

assim como da deterioração do meio ambiente e da qualidade de vida, por advento do crescimento da população urbana, enfatiza-se os problemas político-administrativos da Metrópole.

Os centros urbanos estão cada vez mais próximos com a urbanização, aumentando por consequência as demandas de consumo, tornando mais dificultoso as estratégias de gestão pública, principalmente nos locais em que em sua maior parte já possuem problemas ambientais. Nisso, um planejamento adequado posto em prática se torna eficaz para cada área, minimizando os impactos da urbanização, equilibrando a qualidade de vida da população entre o ponto de vista urbano e social.

No que diz respeito ao planejamento urbano, a Constituição Federal de 1988 em seus artigos 182 e 183 apresentam alguns novos pontos em relação à política urbana no Brasil no que segue abaixo explicitado:

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

No tocante ao artigo citado, é obrigatório a elaboração do plano diretor, como instrumento básico, para os municípios com mais de 20 (vinte) mil habitantes, o que seria o caso da cidade de Natal/RN. Nesse plano é desenvolvido a organização do desenvolvimento urbano da cidade, assim como as diretrizes de cada região de acordo com as suas necessidades.

É o que aponta a Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade – *verbis*:

Art. 28: O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§ 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§ 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

A Política Nacional dos Resíduos Sólidos é considerada um marco para a proteção do meio ambiente, uma vez que atribui aos municípios a gestão dos resíduos sólidos gerados por seus respectivos territórios. Todavia a gestão desses resíduos na cidade de Natal/RN está comprometida pela falta de organização, implementação de planos e fiscalização do Município.

Considerando as dificuldades técnicas e financeiras que o município de Natal tem para lidar com os resíduos sólidos, a Política Nacional do Resíduos sólidos age de forma a implementar consórcios públicos municipais no intuito de manter a sustentabilidade técnica e financeira aos serviços. Ou seja, os municípios que adotam o modelo consorciado referente a administração de resíduos passarão receber contribuições financeiras específicas do Governo Federal, nos termos da Lei 12.305/12, *verbis*:

Art. 4o: A Política Nacional de Resíduos Sólidos reúne o conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações adotados pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

Art. 10º: Incumbe ao Distrito Federal e aos Municípios a gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos respectivos territórios, sem prejuízo das competências de controle e fiscalização dos órgãos federais e estaduais do

Sisnama, do SNVS e do Suasa, bem como da responsabilidade do gerador pelo gerenciamento de resíduos, consoante o estabelecido nesta Lei.

Art. 18. A elaboração de plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, nos termos previstos por esta Lei, é condição para o Distrito Federal e os Municípios terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade.

§ 1º Serão priorizados no acesso aos recursos da União referidos no caput os Municípios que:

I - optarem por soluções consorciadas intermunicipais para a gestão dos resíduos sólidos, incluída a elaboração e implementação de plano intermunicipal, ou que se inserirem de forma voluntária nos planos microrregionais de resíduos sólidos referidos no § 1º do art. 16;

II - implantarem a coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda.

2.2 PLANEJAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS

A cidade de Natal é dividida em 4 (quatro) microrregiões, as quais são constituídas pelos bairros da própria cidade. Existem duas das microrregiões maiores que as outras duas, devido ao crescimento habitacional melhor desenvolvido nessas do que nas outras. Diante desse fato, não pode um único planejamento ser posto para todas as regiões da cidade, por essas não possuírem os mesmos quantitativos de produção de lixo, assim como as regiões mais desenvolvidas necessitarem de uma gestão mais densa, no sentido de acompanhar uma uniformidade para o controle da cidade.

Entretanto, não pode se afirmar que as regiões mais habitadas consomem mais do que as menos habitadas. Seria necessário a realização de um estudo para analisar a idade em média das pessoas, que residem em casa bairro das determinadas microrregiões, a fim de implantar uma gestão eficaz para cada, visando controlar a produção de lixo domiciliar no Município de Natal.

A Urbana no Município de Natal preparou um parâmetro para análise da produção diária de cada região, levando em consideração cada bairro e tudo que foi recolhido. Para tanto, toma-se como base a princípio a população residente nas respectivas áreas assim como às que são atendidas com sua produção diária de lixo domiciliar.

Na tabela abaixo está representado os quantitativos por bairros de acordo com a população residente e desta às que são atendidas com a coleta de acordo com a produção diária de lixo.

Tabela 2 - PRODUÇÃO DIÁRIA ESTIMADA DE LIXO DOMICILIAR NO MUNICÍPIO DE NATAL POR BAIRROS E REGIÕES ADMINISTRATIVAS / 2017

REGIÃO	BAIRRO	POPULAÇÃO RESIDENTE (ESTIMATIVA) 2017*	POPULAÇÃO ATENDIDA (98,90%)	PRODUÇÃO DIÁRIA DE LIXO DOMICILIAR (TONELADAS)	PRODUÇÃO PER CAPITA Kg/hab/dia
NORTE	Lagoa Azul	69.258	68.496	41,16	0,59
	Igapó	30.516	30.180	18,13	
	N. Sra. Da Apresentação	103.110	101.976	61,27	
	Pajuçara	75.008	74.183	44,57	
	Potengi	59.209	58.558	35,18	
	Redinha	21.499	21.263	12,78	
	Salinas	1.522	1.505	0,90	
SUBTOTAL		360.122	356.161	214	
SUL	Lagoa Nova	39.727	39.290	50,07	1,26
	Nova Descoberta	12.312	12.177	15,52	
	Candelária	25.302	25.024	31,89	
	Capim Macio	24.100	23.835	30,38	
	Pitimbu	25.635	25.353	32,31	
	Neópolis	22.994	22.741	28,98	
	Ponta Negra	25.262	24.984	31,84	
SUBTOTAL		175.332	173.403	221	
LESTE	Santos Reis	4.745	4.693	6,37	1,34
	Rocas	10.322	10.208	13,86	
	Ribeira	2.274	2.249	3,05	
	Praia do Meio	5.390	5.331	7,24	
	Cidade Alta	7.542	7.459	10,13	
	Petrópolis	5.846	5.782	7,85	
	Areia Petra	5.013	4.958	6,73	
	Mãe Luíza	14.191	14.035	19,06	
	Alecrim	25.957	25.671	34,87	
	Barro Vermelho	11.399	11.274	15,31	
	Tirol	17.099	16.911	22,97	
	Lagoa Seca	4.871	4.817	6,54	
SUBTOTAL		114.649	113.388	154	
OESTE	Quintas	24.754	24.482	14,85	0,60
	Nordeste	11.792	11.662	7,07	
	Dix-sept-rosado	15.494	15.324	9,29	
	Bom Pastor	18.516	18.448	11,19	
	N. Sra. De Nazaré	16.516	16.334	9,91	
	Felipe Camarão	57.628	56.994	34,57	
	Cidade da Esperança	18.362	18.160	11,01	
	Cidade Nova	19.946	19.727	11,96	
	Guarapes	11.583	11.456	6,95	
Planalto	40.344	39.900	24,20		
SUBTOTAL		235.072	232.486	141	
Parque das Dunas		5	5	-	
NATAL		885.180	875.443	730,00	0,82

Do conceito de resíduos sólidos, Consoante art. 3º, XVI da Lei 12.305/10:

[...] resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.

Além disso, é importante destacar a existência de classes, sendo estas: domiciliares; limpeza urbana; sólidos urbanos; serviços públicos de saneamento básico; industriais; serviços de saúde; construção civil; agrossilvopastoris, serviços de transporte e mineração; conforme tabela representativa abaixo.

A composição gravimétrica de resíduos de Natal foi definida em 2010, por tipos de resíduos, sendo estes: Matéria Orgânica; alumínio; metais ferrosos; papel; papelão; plástico duro; plástico filme (mole); melissa; vidro; madeira; longa vida; têxteis e rejeito, FONTE: SEMARH/PEGIRS-RN, 2010). Com a organização desses dados, ao ser recolhido o lixo da cidade, é feita a separação dos resíduos de acordo com suas composições, retirando a matéria orgânica e o rejeito, eles são administrados não mais pelo município e sim pelas cooperativas e associações.

Diante do quadro acima exposto, percebe-se uma tendência de maior consumo e produção de resíduos nas áreas em que a população domiciliar possui idade mais avançada. Ao invés de ser nas áreas de maior densidade populacional. Acredita-se que esse fato reflète na condição que o atual cenário de uma população idosa é permanecer maior parte dos dias em suas residências.

E, a população mais jovem e adulta, por viver em meio ao estudo e trabalho, onde a conciliação entre os dois está cada vez mais presente, tende a permanecer menos tempo em residência e mais tempo em locais de trabalho, universidades, estabelecimentos comerciais, restaurantes, dentre outros. Dessa forma o consumo de diverge nos locais de passagem do dia a dia, tornando o domicilio apenas um ponto de chegada e saída.

A professora e pesquisadora do Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília (CDS/UnB), Izabel Zaneti³, conceitua que o trabalho de coleta e reciclagem é cada vez mais importante, no que tange à responsabilidade de cada cidadão quando jogar o lixo fora; como segue:

Os resíduos estão crescendo em quantidade e complexidade, destacou, ao lembrar os resíduos de aparelhos eletrônicos, como as baterias dos telefones e outros materiais que contém metais pesados de alto impacto ambiental.

Todavia, embora existam normas que tratem em alguns pontos os resíduos sólidos, como por exemplo, as resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, no País, ainda é falho e praticamente inexistente um instrumento legal que estabeleça critérios e diretrizes gerais e específicos que possam ser aplicados aos resíduos sólidos, com o objetivo de orientar os Estados e Municípios em suas gestões quanto aos resíduos sólidos em seus respectivos territórios.

2.3 A PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS E ASSOCIAÇÕES

Os catadores, historicamente, são aqueles que tiram do lixo o seu sustento, seja na coleta seletiva, seja catando os recicláveis nos lixos nas ruas e lixões. Entretanto, mesmo diante de uma desvalorização e marginalização, são um dos maiores colaboradores nos programas de reciclagem, segundo o Movimento Nacional dos Catadores Recicláveis – MNCR.

Organizar aos catadores em cooperativas é um desafio, pelo fato de grandes dificuldades na capacitação e aparelhamento necessários que as cooperativas precisam ter para propiciar melhores condições de trabalho, incluindo a segurança dos catadores.

O desafio é buscar soluções adequadas para promover a inclusão social dos catadores e de suas famílias, com dignidade e respeito diante da sociedade e o meio Público Político. Essa classe de trabalhadores deve ser regulamentada e promovida como essencial na manutenção e evolução do ciclo de preservação ambiental dentro da gestão dos Resíduos Sólidos na Região Metropolitana de Natal.

O poder público possui meios para tal, auxiliando no investimento e administração, oferecendo apoio administrativo e financeiro, juntamente com programas educativos na promoção de recuperações de famílias, uma vez que os catadores possuem grande incidência em dependências químicas e problemas de falta de recursos que garantam a proteção deles e de suas famílias.

Extrema é a importância da inclusão social, tratada na Política Nacional de Resíduos Sólidos, conforme procede o art. 7, XII, *verbis*:

Art. 7º - São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: a integração dos catadores de materiais reutilizáveis nas ações que envolvam e responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

De acordo com Lei da política Nacional dos Resíduos Sólidos os instrumentos econômicos tratado no capítulo V da lei, diz:

Art. 42: O poder público poderá instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, às iniciativas de:

- I - prevenção e redução da geração de resíduos sólidos no processo produtivo;
- II - desenvolvimento de produtos com menores impactos à saúde humana e à qualidade ambiental em seu ciclo de vida;
- III - implantação de infraestrutura física e aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda;
- IV - desenvolvimento de projetos de gestão dos resíduos sólidos de caráter intermunicipal ou, nos termos do inciso I do **caput** do art. 11, regional;
- V - estruturação de sistemas de coleta seletiva e de logística reversa;
- VI - descontaminação de áreas contaminadas, incluindo as áreas órfãs;
- VII - desenvolvimento de pesquisas voltadas para tecnologias limpas aplicáveis aos resíduos sólidos;
- VIII - desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos.

Nesse momento, focando na região metropolitana de Natal, os catadores não apenas usam de esforços para a inclusão social, mas como também a inclusão econômica. A Ideia da Logística Reserva, tratada na Lei da Política dos Resíduos Sólidos, é a realização da inclusão de catadores no processo de reciclagem através da coleta seletiva, a qual só pode acontecer com a criação e organização de cooperativas, gerando novas oportunidades de negócios, fomentando toda a preservação do meio ambiente.

Na Região Metropolitana de Natal a inclusão social dos catadores de materiais recicláveis já evoluiu de forma positiva desde o gradativo cumprimento das diretrizes da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, como o reconhecimento efetivo destes na participação de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, gerando por consequências as respectivas remunerações devidas, assim como algumas organizações de catadores por uma melhor prestação de serviço.

Neste ponto, segue uma demonstração dos dados, valores e porcentagens, mais atuais da produção de lixo da Cidade do Natal, bem como os diferentes tipos de classes em que cada lixo e resíduo pertence de acordo com suas peculiaridades, os quais foram fornecidos pela Urbana (Companhia de serviços urbanos de Natal), em seu quadro de controle da produção geral de 2016 a 2017, onde aponta que não houve grande diferença na diminuição quantitativa por toneladas de cada coleta por produção, a fim

de que seja tomado como parâmetro de melhoria aos meses seguintes, conseqüentemente aos anos; como segue explanado nas tabelas abaixo:

Tabela 3 - URBANA - COMPANHIA DE SERVIÇOS URBANOS DE NATAL DIRETORIA DE OPERAÇÕES GERÊNCIA DE PLANEJAMENTO CONTROLE E FISCALIZAÇÃO PRODUÇÃO GERAL - 2016

PRODUÇÃO (TONELADAS)					
MESES	COLETA DOMICILIAR	ENTULHO- RESÍDUOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL - RCC	PODAÇÃO	COLETA SELETIVA	TOTAL
JAN	23.613	8.114	1.096	253	33.076
FEV	21.574	8.375	1.028	228	31.204
MAR	23.691	9.442	1.092	245	34.469
ABR	22.421	9.016	1.049	256	32.742
MAI	22.357	9.279	1.047	220	32.903
JUN	22.994	10.039	1.074	232	33.339
JUL	21.006	9.724	1.160	254	32.145
AGO	22.388	9.302	1.177	295	33.162
SET	20.231	9.504	1.137	319	31.191
OUT	20.394	8.428	990	210	30.021
NOV	20.898	5.794	686	215	27.593
DEZ	23.626	5.881	630	253	30.391
TOTAL ANUAL	264.193	102.898	12.166	2.980	382.237
MÉDIA MENSAL	22.016	8.575	1.014	248	31.853
MÉDIA DIÁRIA	734	286	34	8	1.062

Nesta tabela os dados informados são referentes ao ano de 2016, em que foi feito uma base, em toneladas, da produção de lixo recolhida desde o recolhimento em domicílio, orgânico e reciclado; até os resíduos de construção. Com a verificação desses dados desse ano, espera-se que um planejamento seja feito com relação a situação do lixo na cidade do Natal/RN, porém não houve grande êxito na diminuição das toneladas em comparação ao ano seguinte de 2017. Conforme segue tabela abaixo:

Tabela 4 - URBANA - COMPANHIA DE SERVIÇOS URBANOS DE NATAL DIRETORIA DE OPERAÇÕES GERÊNCIA DE PLANEJAMENTO CONTROLE E FISCALIZAÇÃO PRODUÇÃO GERAL - 2017

PRODUÇÃO (TONELADAS)					
MESES	COLETA DOMICILIAR	ENTULHO- RESÍDUOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL - RCC	PODAÇÃO	COLETA SELETIVA	TOTAL

JAN	21.402	6.542	696	273	28.913
FEV	19.160	6.149	622	229	26.161
MAR	22.513	6.907	752	277	30.449
ABR	20.468	5.990	589	202	27.249
MAI	22.792	6.746	686	250	30.473
JUN	21.913	6.382	569	241	29.106
JUL	23.161	6.718	748	275	30.902
AGO	23.062	7.163	784	312	31.321
SET	21.768	6.624	735	237	29.364
OUT	21.946	6.563	698	146	29.453
NOV	20.832	5.476	563	239	27.111
DEZ	23.903	6.748	633	276	31.543
TOTAL ANUAL	262.903	78.008	8.076	3.057	352.043
MÉDIA MENSAL	21.909	6.501	673	255	29.337
MÉDIA DIÁRIA	730	217	22	8	978

Diante do demonstrativo do ano de 2017 o resultado adequado da coleta domiciliar seria um quantitativo inferior ao que está apresentado. Pois ao comparar os valores com o ano de 2016 é perceptível que os meses em que houve diminuição das porcentagens, além de serem em poucos meses do ano, estes são valores irrisórios, demonstrando a inexistência de projetos e planejamentos por parte dos agentes responsáveis pelas respectivas implementações.

Isso comprova em maior parte também a falta de conscientização da sociedade consumidora pela proteção do meio ambiental, assim como a do Estado com sua desatenção nesse assunto.

2.4. PROCESSAMENTO E RESPONSABILIDADE NA TRANSFORMAÇÃO DE MATERIAIS

A falta de fiscalização e investimento por parte dos agentes, principalmente o Estado, enfatiza a situação, a qual se desenvolve de forma negativa no município de Natal; mesmo sabendo que a produção de lixo nunca vai deixar de existir, é necessário um equilíbrio entre os dois lados, tanto na produção e utilização quanto no descarte e reaproveitamento.

A prefeitura do Natal possui contratos com 2 cooperativas, Coocamar, composta por 65 associados, e Coopcicla, composta por 37 associados, de acordo com dados

fornecidos no site da prefeitura do Natal. As duas cooperativas possuem um roteiro de coleta seletiva com estimativas de bairros por cada dia da semana, excluídos os domingos. Todavia a Região Norte da cidade não está incluída nesse roteiro; ou seja, não é recolhido lixo reciclável separado do lixo comum nesta região, a qual possui um dos maiores índices habitacionais da cidade, bem como um dos maiores consumos. Além disso, existem outros bairros que por mais que estejam inclusos neste roteiro, não é realizado a coleta seletiva pelas cooperativas, permanecendo assim pela falta de fiscalização do município.

Como fora dito, após a separação dos resíduos e transformação destes, as cooperativas é que realizam a gestão desses resíduos, obtendo negociações com empresas privadas, as quais consideram menos custos e maiores lucros. Todavia a forma como é feita essa negociação e gestão não é informada ao município que fica à mercê dessas empresas e cooperativas para finalizar todo o processo; mesmo sabendo que em contrato tem a obrigação de registrar todo o processo e apresentar relatórios de toda a negociação e destino dos resíduos.

Isso ocorre devido a falta de interesse e atualização contratual por parte do Município de Natal. As cláusulas contratuais devem impor obrigações as partes, e caso haja descumprimento, que haja previsto as devidas punições; visando manter a ordem, respeito e o mais importante, o cumprimento de todas as atividades, de forma lícita.

A Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos conceitua e determina quais são os deveres daqueles que então envolvidos na responsabilidade compartilhada, incluindo os consumidores. Sendo assim, devem os consumidores realizarem a devolução dos resíduos de forma seletiva, causando facilidade aos associados e as cooperativas na destinação e reciclagem desses resíduos. Após esse tramite, tudo que fora transformado deverá ser repassado aos comerciantes, distribuidores, ou importadores e/ou fabricantes; em que estes, por sua vez irão proceder a reutilização dos materiais, dando destinação aos novos produtos e embalagens de forma ambientalmente adequada, respeitando determinação do Sisnama.

Vale ressaltar que as cooperativas possuem um Termo de Sessão, constituído com garantias de não possuírem gastos com transporte, água, energia e telefone, pois o Município é responsável pelo pagamento de todos esses gastos, inclusive após toda a separação dos componentes, a quantidade de rejeito coletada é paga pela Prefeitura às respectivas Cooperativas e transportado de volta ao Aterro Sanitário.

No aspecto Social a reutilização é um grande potencial na geração de emprego e renda. Os materiais recicláveis e/ou reutilizáveis geram capital para aqueles que tiveram o trabalho de selecionar, separar e designar à reciclagem e reutilização. Esse processo gera bastante interesse àqueles que não se preocupam em dar uma destinação correta aos resíduos, como por exemplo as empresas, as quais possuem ampla administração de setores, e acabam financiando o sistema.

Esse sistema é o que mantém, financeiramente, milhares de pessoas, várias famílias e lares. Todavia a desvalorização dessa mão de obra é tremenda em todo o território nacional. E, aparentemente, existe uma tendência em permanecer dessa forma até que ocorra uma intervenção do Estado nesse sentido.

A educação é dever do Estado e com esse dever vem a responsabilidade de proporcionar a mesma condição de vida a cada cidadão. Todavia a realidade brasileira vive acreditando que isso é impossível, e, com isso vem a decepção daqueles que não possuem renda, nenhum trabalho e sustento, desencadeado pela educação que lhe foi proporcionada. Dessa forma, a marginalização causada pela falta dos olhares do Estado impulsiona àqueles que exercem as funções mais básicas de manutenção da sociedade a acreditarem que o básico significa o mínimo.

Contudo, mesmo reconhecendo que o que fazem é essencial, as diferenças de classes não apoiam o resultado básico. Nisso o Estado deve agir; fomentar os valores postos na Constituição Brasileira, promover a todos os cidadãos o reconhecimento e valorização de todas as profissões e funções realizadas em meio a sociedade. Conforme o artigo 5º da Constituição e seus respectivos parágrafos, *in verbis*:

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: [...]"

Diante dos últimos parágrafos acima, vale citar um ensinamento de Geraldo Ferreira Lanfredi (2003, p. 142), em que diz que “[...] a produção e o consumo devem ser direcionados por um novo estilo de vida sustentável, reduzindo-se o desperdício no consumo e na utilização de energia, buscando-se maior utilização e reciclagem”.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do crescimento em que a sociedade vive hoje e com o visível abandono e desleixo na situação do lixo na cidade do Natal, sabe-se que não é mais esperado um resultado positivo nesse assunto. A situação está maior do que esperado e bem mais preocupante, quanto aos resíduos sólidos. A forma de descarte e não aproveitamento desencadeia consequências em um ciclo ambiental constante. O prejuízo não se dá apenas em poluição e sujeiras, mas em pôr em risco a saúde e vida de vários animais, incluindo os Seres Humanos.

A Lei dos Resíduos sólidos, 12.305/10, possui todas as diretrizes de encaminhamento, uso, descartes, transformação e reutilização adequada a ser realizada. A cidade do Natal é responsável pelo plano diretor da cidade assim como da gestão e planejamento no equilíbrio do meio ambiente com o desenvolvimento social da cidade. A lei ainda é sucesso no seu art. 3º, inc I, onde fala:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

I - acordo setorial: ato de natureza contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto.

O Município não precisa atuar sozinho na Política Nacional dos Resíduos Sólidos, e não deve. A descentralização melhor organizada e planejada gera mão de obra qualificada, afetando diretamente a economia do Estado. A gestão adequada e uma fiscalização rigorosa automaticamente contribui no processo de preservação do meio Ambiente.

Uma das formas de melhor repartir a responsabilidade, diminuindo os encargos que cada agente passou a ter, é incentivar a coleta seletiva, principalmente com a participação das cooperativas de catadores, recebendo estes o reconhecimento devido e a remuneração adequada condicente com a mão de obra específica e meticulosa realizada.

Com a situação exposta sobre os resíduos sólidos na cidade do Natal é necessário a realização de um novo projeto e gestão, a fim de que as cooperativas junto ao município integrem melhor no processo de recolhimentos dos resíduos e administração após transporte e separação. Deve haver maior celeridade ao processo e maior investimento por parte do Estado na conscientização da sociedade a respeito do

planejamento e novas diretrizes, assim como, reconhecer a inclusão dos “catadores de lixo” junto às associações.

Os relatórios devem ser feitos por obrigatoriedade e entregues a Prefeitura pelas cooperativas sobre toda a gestão, já que esta por sua vez fornece todo o meio para que propicie melhores condições, evitando desvios e ilicitudes durante o processo de venda às Empresas privadas para seus respectivos destinos.

Além disso, é necessário também a criação de penalidades mais eficazes nos contratos e serviços entre as cooperativas e a Prefeitura do Natal, como meio de garantir o cumprimento de todo o processo de forma correta e assim, tornar efetiva a lei da Política Nacional dos resíduos sólidos. Ressaltando ainda que, estes não são os únicos agentes do ciclo da cadeia do meio ambiente. Todos os cidadãos devem contribuir para a realização e eficácia dos planos aplicados.

Com isso se faz necessário levar a sério o princípio do poluidor pagador, como uma regra de bom senso econômico, jurídico e político. Esse princípio condiz em imputar ao poluidor os custos decorrentes de atividades poluentes. Devendo ser levado em consideração que a aplicação indifere do agente, pois o “poluidor” pode ser pessoa física como também pessoa jurídica, de direito público ou privado, sendo este o responsável por atividade causadora de poluição ambiental, tudo de acordo com o art. 3º, inciso IV da Lei 6.938/81.

Todavia, o objetivo deste princípio do poluidor pagador é fazer não apenas com que o poluidor arque com os custos das medidas de proteção do meio ambiente, mas que também haja a correção ou eliminação das fontes em potencial de poluição e/ou se assim já estiverem a poluir. Dessa forma, afirma-se as três principais funções do princípio, sendo estas: prevenção; reparação e a internalização e redistribuição dos custos ambientais. Pois o desenvolvimento da cidade necessita de um equilíbrio. A preservação começa em cada residência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jélisse Vieira Gomes, FIGUEIREDO, Fábio Fonseca, SILVEIRA, Raquel Maria da Costa. **A proteção ambiental e a gestão compartilhada: um estudo de caso na Região Metropolitana de Natal**. São Paulo: 2018.

APAREMBERGER, Fabiana Lopes; PAVIANI, Jaime. **Direito Ambiental**. Um olhar para a cidadania e sustentabilidade planetária. Caxias do Sul/RS: Editora EDUCS, 2006.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor-pagador**. Pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo: Coimbra, 1997.

AZAMBUJA, Eloiza AmabileKurth de **Proposta de Gestão de resíduos sólidos urbanos: Análise do caso de palhoça/SC**. 2002. Dissertação (Mestrado em engenharia de produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2002.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. LEI FEDERAL nº 10.257/01, de 10 de julho, de 2001. **Estatuto da Cidade**, Brasília, DF, julho de 2001.

BRASIL. LEI nº 12.305, de 02 de agosto, de 2010. **Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos**, Brasília, DF, agosto de 2010.

BRASIL, LEI nº 4.771/95, de 15 de setembro, de 1965. **Código Florestal**, Brasília, DF, setembro de 1965.

BRASIL, LEI nº 6.766/79, de 19 de dezembro, de 1979. **Lei de Parcelamento do Solo Urbano**, Brasília, DF, dezembro de 1979.

Cad. Metrop., São Paulo, v. 20, n. 42, pp. 513-530, maio/ago 2018
<http://dx.doi.org/10.1590/2236-9996.2018-4210>.

CARMO, M. S. F. **A problematização do Lixo e dos Catadores**: estudos de casos múltiplos sobre políticas públicas sob uma perspectiva foucaultiana. Rio de Janeiro: FGV- EBAPE, Tese (Doutorado em Administração), 2008.

CLEMENTINO, M. do M. (2003). **A região metropolitana e o Parlamento Comum**: a carta dos vereadores da Grande Natal. Cadernos Metrópole. São Paulo, n. 10, pp. 27-54.

FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, William. **Direito Ambiental**. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

LAUFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental**. Busca da efetividade e seus instrumentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

A LEI DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E SUA APLICAÇÃO AOS LOTEAMENTOS

Marcos Cunha Lima Rosado Batista¹

Úrsula Bezerra e Silva Lira²

RESUMO

O objeto de estudo deste artigo é a aplicabilidade da Lei nº 4.591/64 que regula as incorporações imobiliárias para que, com suas especificidades, possa suprir as lacunas da Lei nº 6.766/79. Para tanto, analisa o direito de propriedade e o da função social como direitos fundamentais a partir do contexto histórico da divisão de terras no território brasileiro e sua posterior regulação e proteção pelo Estado. Contextualiza e apresenta os pontos de convergência entre a lei de incorporação imobiliária e da lei de loteamentos, conceituando as diversas espécies de condomínio. A pesquisa se utilizou do método indutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica. Observou-se que, a relação da venda de loteamentos se aproxima bastante da venda dos imóveis horizontais e verticais integrantes de condomínios com possibilidade de aplicação do instituto do patrimônio de afetação que tem a finalidade de proteger o consumidor de eventual processo falimentar do incorporador ou loteador. Nesse sentido, foi possível concluir a possibilidade de se utilizar a Lei nº 4.591/64 de forma subsidiária a Lei nº 6.766/79, principalmente quanto ao patrimônio de afetação.

Palavras chave: Direito imobiliário. Lei de incorporação imobiliária. Lei de loteamentos. Aplicação subsidiária.

THE LAW OF THE REAL ESTATE INCORPORATION AND ITS APPLICATION TO THE ALLOTMENTS

ABSTRACT

The object of study of this article is the applicability of Law nº 4.591/64, which regulates real estate developments that, with its specificities, it can fill the gaps of Law 6766/79. In order to do, it analyzes the right to property and that of the social function as fundamental rights based on the historical context of the division of lands in Brazilian territory and its subsequent regulation and protection by the Country. It

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: marcosclrb@gmail.com

² Professora orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: ursula@unirn.edu.br

contextualizes and presents the points of convergence between the law of real estate development and the law of subdivisions, conceptualizing the various species of condominium. The research used the inductive method and the bibliographic search technique. It was observed that the relationship of the sale of lots is very close to the sale of the horizontal and vertical properties of condominiums with the possibility of applying the asset allocation institute, whose purpose is to protect the consumer from eventual bankruptcy proceedings of the developer or developer. In this sense, it was possible to conclude that Law nº 4.691/64 could be used in a subsidiary manner, Law nº 6.766/79, mainly regarding the equity of affectation.

Keywords: Real estate law. Law of real estate development. Law of allotments. Subsidiary application.

1 INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência social em constante construção, com um dos seus objetivos a definição de regras para o bom convívio social, pois, a cada dia, novas relações surgem, novos conflitos e assim precisamos que existam novas normas a fim de solucionar essas desarmonias.

Tomando essa mutabilidade social como base, podemos observar a evolução das relações ao se tratar dos loteamentos e demais formas de divisão de terras.

Na descoberta do Brasil, todas as terras passaram a ser propriedade da Coroa Portuguesa, mas ela só não conseguiria explorar e ocupar todo esse território. Iniciou o seu processo de colonização e exploração, concedendo terras a algumas pessoas. Sabendo que a propriedade é da natureza do homem e pressuposto da sua liberdade, se utilizou disso para conseguir atrair essas pessoas para o Brasil.

No período não existiam formas regulamentadas para realizar essa divisão das terras e com isso, era realizado de qualquer forma. O primeiro projeto do parcelamento do território brasileiro foram as capitânicas hereditárias. No mesmo sentido, os proprietários das capitânicas precisavam atrair pessoas para auxiliá-los na exploração das terras e estas eram desmembradas sem nenhum tipo de controle.

Com o desenvolvimento das regiões e a organização política do país, foram criadas algumas leis para assegurar as terras como propriedade daquelas pessoas. Assim, na década de 1970 foi promulgada a LF nº 6.766/79, que tinha como o foco controlar o loteamento clandestino e garantir a qualidade urbanística dos municípios.

Então, já com a lei em vigor, o parcelamento do solo era executado como uma

mera divisão de terras, mais conhecido como loteamento tradicional em que todos os lotes se tornavam autônomos. Para ter acesso a alguns desses imóveis, eram criadas ruas que posteriormente eram transferidas para o município.

Com a ineficiência do poder público, em algumas situações de má conservação das vias, praças e a insegurança do local, a população forma associações que fecham essas áreas, com autorização prévia da prefeitura, e fazem a manutenção e o controle de identificação das pessoas que por lá transitavam, surgindo o loteamento de acesso controlado.

Posteriormente, outra forma de uso foi criada pelos particulares, como a divisão da terra a partir da constituição de loteamentos condominiais, em que os lotes constituem unidades autônomas de um condomínio fechado regulados pela Lei nº 6.766/1979.

Numa perspectiva semelhante, há a Lei nº 4.591/1964 que versa sobre a incorporação imobiliária. Ou seja, trata de alienar unidades autônomas de condomínios que serão construídos.

Essa última situação possui alto grau de semelhança com a venda de lotes na planta dos loteamentos condominiais. O que também acontece quando estão planejando e executando as obras dos loteamentos. Dessa forma, fica o questionamento da possibilidade de se utilizar essas duas leis quando se trata da venda de lotes na planta em loteamentos condominiais.

Seguindo esse raciocínio, o objetivo geral para essa pesquisa é definir a possibilidade da aplicação da Lei nº 4.591/1964 de forma alternativa ou subsidiária à Lei nº 6.766/1979 nos casos de vendas de loteamentos na planta. E como objetivos específicos, conceituar e definir os limites de aplicação da Lei nº 4.591/1964 como também da Lei nº 6.766/1979 e a contextualização histórica de como se iniciou a divisão das terras no Brasil e a sua transferência aos particulares.

O método de abordagem que será utilizado é o método indutivo, já que a pesquisa visa estudar os princípios particulares de cada uma das leis já mencionadas e posteriormente obter uma conclusão geral. Quanto ao método de procedimento, será utilizado o método funcionalista por se buscar estudar as funções de cada uma dessas leis. E a técnica de pesquisa bibliográfica que será utilizada.

A pesquisa se estrutura de forma a estudar as formas de parcelamento e ocupação do solo e a possibilidade da aplicação subsidiária da lei de incorporações

imobiliária na lei de loteamentos.

Primeiramente, será discutido sobre os bens imóveis na sua conceituação e classificações enquanto bens privados e públicos.

Em seguida, no tópico 3, será feita a abordagem em relação ao uso e parcelamento do solo. Tratando dos tipos de condomínios existentes e o processo de se fazer o parcelamento do solo, conforme a Lei nº 6.766/79.

Adiante, no tópico 04, foi realizada uma análise da Lei nº 4.591/64, principalmente quanto às incorporações imobiliárias e o patrimônio de afetação como forma de proteger o consumidor na compra de unidades imobiliárias.

Por último, foi possível concluir da possibilidade de utilizar esse mecanismo de proteção ao consumidor quando se trata da construção e venda de loteamentos.

2 BENS IMÓVEIS

2.1 CONCEITO

O conceito de bens imóveis possui diversos sentidos e significados a depender do tempo e local que se observa. No Código de Napoleão era previsto o gozo absoluto, desde que não houvesse lei que o proibisse. Já na Revolução Francesa, pode se perceber o uso da propriedade como meio para exercer a liberdade.

No Brasil, foi possível observar no Código Civil de 1916 a inspiração no modelo de propriedade adotado pelo Código de Napoleão, quanto ao uso absoluto desde que não limitado por lei. E, exclusivamente, na Constituição Federal de 1946 que se definiu a propriedade como um direito inviolável a todos os brasileiros e estrangeiros que residissem no Brasil.

Na mesma esteira, Carlos Roberto Gonçalves (2018) define, de forma técnica, como todos os bens que não se possam transportar de um local para outro sem destruição, estes conhecidos por imóveis propriamente ditos, mas, também, os imóveis por determinação legal, que mesmo tendo a edificação separada do solo, conservará sua unidade e poderá ser movida para outro local.

Em conformidade afirma Tartuce (2017, p. 254): “São aqueles que não podem ser removidos ou transportados sem a sua deterioração ou destruição”.

Segundo Úrsula Lira (2013, p. 52) “A propriedade é um fato preexistente ao próprio ordenamento, inerente ao homem e intrínseco à sua identidade”. Por meio

dela, o homem consegue ter a sua identidade, o sentimento de pertencimento e é até uma forma de exercer a sua liberdade.

A ideia da liberdade com a propriedade surgiu durante a Revolução Francesa que também trouxe a previsão como um direito fundamental constitucional com carácter absoluto, exclusivo e perpétuo.

Assim podemos observar Silvio Rodrigues (*apud* LIRA, 2013, p.55):

A revolução pusera à concepção medieval, dentro da qual, o domínio se encontrava repartido em várias pessoas, sob o nome de domínio iminente de propriedade, peculiar ao Direito Romano, e onde o proprietário é considerado senhor único e exclusivo da terra.

Na legislação vigente, observamos o Código Civil (BRASIL, 2002) que define, de forma clara, o que são os bens imóveis no “Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo o quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.

No art. 80, do Código Civil (BRASIL, 2002), observamos um complemento à definição dos imóveis. “Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta”.

Também podemos observar algumas situações, no mesmo código, em que não se perde o carácter de imóvel quando os bens são desincorporados do solo. “Art. 81. Não perdem o carácter de imóveis: I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem”.(BRASIL, 2002).

2.2 DAS PROPRIEDADES IMÓVEIS DE DOMÍNIO PÚBLICO E DE DOMÍNIO PRIVADO

Com a descoberta do Brasil e assinatura do Tratado de Tordesilhas, todo o território foi transmitido à Coroa portuguesa e por consequência era uma terra do domínio público.

Como a monarquia portuguesa não conseguiria explorar, administrar e popular todo esse espaço, foram utilizadas formas de colonização que dividiam e transferiam esses imóveis para o domínio de um particular e com isso ocorria a exploração e utilização do bem. Os meios utilizados para essa transferência foram por

doações, concessões, entre outras.

É possível observar essas divisões no livro “História do Brasil” do Frei Vicente do Salvador (1627, p. 23), que ilustra várias doações que ocorreram durante a descoberta das terras que posteriormente foi nomeada Brasil. Dele pode-se destacar:

Pero Lopes de Sousa, que por esta costa também andou com outra armada, ordenou que se povoasse esta província, repartindo as terras por pessoas que se lhe ofereceram para as povoarem e conquistarem à custa de sua fazenda, e dando a cada um 50 léguas por costa com todo o seu sertão, para que eles fossem não só senhores, mas capitães delas; pelo que se chamam, e se distinguem por capitánias.

Acontece que algumas terras não eram utilizadas, ou não eram destinadas e terminavam por não ter dono, por não ter dono seriam públicas, mas não possuíam esse reconhecimento. Essas terras eram chamadas de terras devolutas, conforme cita Avvad (2006, p. 9):

Não havia, portanto, a “volta” das terras ao domínio público; o instituto das terras devolutas continuou, só que com uma nova concepção: *terra devoluta passou a ser terra de ninguém*, isto é, *ninguém* com acepção de *nenhum* particular; eram terras públicas, mas que não se achavam cadastradas como tal.

Com o passar do tempo essa situação foi se alterando. Em 1850 foi promulgada a Lei nº 601 que definiu o que era terra devoluta e, na Constituição de 1891, no art. 64, houve a previsão de que as terras devolutas e minas seriam de propriedade dos Estados, ressalvados os territórios indispensáveis à defesa das fronteiras que seriam de propriedade da União.

Segundo Avvad (2006), as terras devolutas estão bastante reduzidas, possuindo sua maior concentração na Amazônia Legal e nos Estados do Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do sul.

Como observado, os imóveis de domínio privado tiveram a sua origem, no Brasil, nesse mesmo período. Foram os imóveis doados, cedidos, aos benfeitores que vinham à colônia para ocupar, explorar e colonizar a região.

Todo imóvel que possua um proprietário será um imóvel de domínio privado. Esses imóveis podem ser classificados como urbanos ou rurais.

Não há uma definição legal para os imóveis urbanos, mas no Estatuto das Cidades está previsto que cabe ao município, no seu plano diretor, definir como se

dará a sua ocupação e como dividi-lo em zona urbana e rural.

Já o imóvel rural, possui uma definição legal regulamentada no art. 4º da Lei nº 8.629/1993 que define a propriedade rural como sendo um prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial.

Logo, os imóveis urbanos são os que estão em zona urbana, sujeitos às legislações municipais e que não sejam classificados como imóvel rural. Portanto, as reformas, construções e a função social desse imóvel devem obedecer ao plano diretor do município, à legislação ambiental do município ou qualquer outra lei que possa interferir no uso dos imóveis urbanos.

Portanto, observa-se que o legislador optou por diferenciar o imóvel urbano do rural pelo princípio da destinação e não pela localização. Então, por mais que o imóvel se encontre na zona urbana e possua uma finalidade agroindustrial, este será classificado como o imóvel rural.

Por fim, é importante conseguir identificar qual o imóvel rural e o urbano, visto que a Lei de Loteamentos trata especificamente do parcelamento e remembramento do urbano.

3 AS FORMAS DE USO E PARCELAMENTO DO SOLO

3.1 NOÇÕES GERAIS

A Lei Nº 6.766/1979 é comumente conhecida como a lei de loteamentos e que possui a seguinte ementa: “Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências”.

Nesse sentido, todo o parcelamento, como também o remembramento do solo será regido por essa lei, permitindo que os Estados, Municípios e Distrito Federal, de igual maneira, criem suas legislações específicas para melhor adequar esse dispositivo às particularidades de cada local e região.

O parcelamento do solo é um gênero referente à possibilidade de dividir o solo em várias partes. Essa divisão pode ser exercida de duas formas: mediante loteamento ou desmembramento. Em ambos os meios existem uma previsão legal no Art. 2º da lei em comento.

Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2º- considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes. (BRASIL, 1979).

Portanto, o loteamento será a divisão de uma gleba em lotes menores, cada um com uma inscrição imobiliária distinta, com a possibilidade para construção ou exploração de outras formas do imóvel. Como a criação de novas vias públicas para circulação. Porém há de se observar as legislações locais, a exemplo do plano diretor com as exigências urbanísticas e impactos ambientais. Com isso, conclui-se que o parcelamento do solo por meio do loteamento gera urbanização.

Mas, por gerar urbanização e ter que observar ao plano diretor, aos impactos e exigências urbanísticas, não significa que esse instituto ocorra apenas na zona urbana, havendo, também, a possibilidade de existir na zona rural. Na zona rural os lotes são destinados à exploração de atividades de bens necessários à subsistência do homem.

O desmembramento irá existir quando uma gleba for subdivida em uma ou mais partes, desde que as novas frações aproveitem os logradouros já existentes.

De forma mais detalhada, Gabriel Junqueira (2002, p. 24) define esse instituto:

Assim entende-se o parcelamento de uma área maior, desde que já existam ruas ou vias para seu aproveitamento. A única operação que se faz é retalhar a área maior em outras menores. Toda vez que se subdividir uma área sem que haja necessidade de abrir novas vias de circulação, logradouros, prolongar, ampliar e modificar as vias já existentes, estamos diante de desdobramento e não loteamento.

Esse lote que será constituído poderá ser, por meio de um imóvel autônomo ou unidade imobiliária, integrante de um condomínio de lotes.

3.2 TIPOS DE CONDOMÍNIOS

A ideia central de um condomínio é a comunhão de direitos do bem. De forma geral, Aghiarian (2006, p. 200) define:

(...) o condomínio comum, civil, tem por qualidade a indivisão, mas por realidade a certeza individualizada do direito de cada condômino, de cada titular de direitos e obrigações, compondo, em princípio, verdadeiros contrasenso em face da característica da propriedade, a exclusividade.

Hoje existem três formas de condomínios reconhecidos pela doutrina: o condomínio tradicional, o condomínio necessário e o condomínio especial ou edifício.

Porém, com a Lei de Loteamentos e a mutação natural do direito, oriundo das novas relações entre as pessoas, podemos observar um movimento para criar uma nova espécie de condomínio que seria o loteamento fechado.

3.2.1 CONDOMÍNIO VOLUNTÁRIO

O condomínio voluntário, também conhecido como ordinário ou tradicional, ocorre nas situações em que duas ou mais pessoas possuem a mesma coisa. Todas elas possuirão uma cota parte, uma fração ideal do bem e poderá usufruir deste.

Avvad (2006, p.114) define sobre a fração ideal e a propriedade da coisa:

Cada quota ou fração ideal não significa que a cada um dos condôminos se reconhece a plenitude dominial sobre uma parte da coisa comum, mas que todos os comunistas têm direitos, qualitativamente iguais, sobre a totalidade dela, limitados, no entanto na proporção do quinhão (fração ideal) de cada um, isto é, na participação de cada um na coisa.

Esse tipo de condomínio é denominado voluntário, devido a sua origem, que comumente se é dado pela vontade das partes em constituir essa sociedade sobre o bem, formando o condomínio. O caso mais comum é quando duas pessoas compram juntas um terreno e cada uma delas contribui com 50% do valor do imóvel. Disso irá surgir um condomínio em que cada uma das partes se uniu de forma voluntária e possuirão a quota parte de 50% do bem.

Entretanto, existe outra forma originária para esse instituto, pode ser formado por via incidente ou acidental. Ou seja, quando o condomínio é formado independente da vontade das partes, mas por força da ordem jurídica com o caso de sucessão hereditária.

3.2.2 CONDOMÍNIO NECESSÁRIO

O condomínio necessário é quando há a partilha da responsabilidade de bens limítrofes das propriedades, em que ambos os proprietários devem manter de igual forma, ou seja, no caso de despesas devem ser repartidas por igual. Essa espécie é prevista no Código Civil (BRASIL, 2002) no seu art. 1.327 e seguintes: “Art. 1.327. O condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas regula-se pelo disposto neste Código”.

Cleyson de Moraes Mello (2017, p. 13) conceitua como: “o condomínio necessário é aquele que se estabelece sobre as árvores limítrofes, ou sobre as paredes, muro divisórios, cercas e valas”.

Segundo Alexandre Cortez Fernandes (2011, p.209) essa espécie forma condomínios de maneira obrigatória por força de lei, e os seus proprietários tem que arcar com as despesas também de forma imperiosa, vejamos:

Na hipótese de um dos vizinhos desejar cercar sua propriedade com parede, cerca, ou algo similar, é de seu direito assim fazer, mesmo com ausência de concordância do vizinho, podendo intimá-lo ulteriormente para que venha concorrer proporcionalmente com as despesas encetadas. Percebe-se que daí surge um condomínio forçado, mesmo que possua origem unilateral, mas que ganha força legal. “A obrigação do confinante em concorrer para as despesas com as obras de separação, bem como com sua posterior manutenção, tipificada obrigação reipersecutória”.

Assim, caso os confinantes não venham a chegar em um valor para a obra, poderão contratar um perito para arbitrar esse valor, conforme o art. 1.329. “Não convindo os dois no preço da obra, será este arbitrado por peritos, a expensas de ambos os confinantes”. (BRASIL, 2002)

3.2.3 CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Essa forma de condomínio surgiu com o grande desenvolvimento das cidades e que com isso havia a necessidade de melhor aproveitamento do solo. Assim, em um mesmo imóvel, existe mais de um proprietário que possui uma unidade autônoma e uma parte do todo da obra.

O Código Civil (BRASIL, 2002), dispõe no art. 1.331 sobre o condomínio edilício:

Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio.

§ 2º O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

§ 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

§ 4º Nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público.

§ 5º O terraço-de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio.

Conforme Gonçalves (2013, p. 397):

Caracteriza-se o condomínio edilício pela apresentação de uma propriedade comum ao lado de uma propriedade privativa. Cada condômino é titular, com exclusividade, da unidade autônoma (apartamento, escritório, sala, loja, sobreloja, garagem) e titular de partes ideais das áreas comuns (terreno, estrutura do prédio, telhado, rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, calefação e refrigeração centrais, corredores de acesso às unidades autônomas e ao logradouro público etc.)

Com essa espécie, segundo Fernandes (2011, p.210): “é possível juridicamente dividir um edifício em apartamentos, salas, andares ou conjuntos, ocasião em que se verão combinadas as regras de condomínio e propriedade individual”. Dessa forma, parte da propriedade será de particulares que devem administrar sozinhos, arcando com as suas despesas, e outra parte será comum de todos os condôminos e que será dividida em quota partes que os condôminos possuirão.

Assim, esse tipo de condomínio é uma união do imóvel particular de apenas um proprietário, a princípio, com o condomínio voluntário e necessário em que os condôminos irão partilhar de áreas comum a todos eles e paredes limítrofes.

Essa forma de condomínio é comumente observada na forma vertical, em que as unidades autônomas se sobrepõem uma as outras. Mas, também, podem ser constituídos em planos horizontais em que as unidades ficarão alinhadas lateralmente, como em condomínios de loteamentos.

A Lei nº 6.766/1979 não disciplina essa forma de condomínio, este será

discutido na Lei nº 4.591/1964. Pois, além da divisão do solo, também há o compartilhamento das vias de circulação internas que ficarão sob a responsabilidade dos proprietários do condomínio e não da prefeitura municipal.

Dessa forma, o condomínio edilício se diferencia do condomínio voluntário na relação da divisão da área entre os condôminos. No voluntário, mais de uma pessoa se associa para adquirir uma única unidade autônoma. Enquanto no edilício existirão mais de uma unidade autônoma em uma propriedade e cada uma dessas unidades será adquirida por pessoas distintas. Ou, até mesmo, pode se formar um condomínio voluntário para se adquirir uma unidade autônoma do condomínio edilício.

Já o condomínio necessário será formado pelas propriedades que dividem uma mesma coisa. É o caso do muro que divide as duas propriedades, ambos os proprietários devem contribuir de forma igual para a manutenção dele.

3.2.4 LOTEAMENTO FECHADO

Os loteamentos, como já visto, são uma forma de parcelamento do solo que divide uma gleba em várias unidades autônomas e são criadas vias de circulação, praças e destinação para utilização do serviço público. Dessa forma, não constituindo um condomínio.

Essa forma de parcelamento aumenta o trabalho de fiscalização e manutenção dos bens públicos, bem como deve se expandir os serviços essenciais de segurança, coleta de lixo, abastecimento de água e recolhimento do esgoto, energia elétrica entre outros serviços.

Em muitos municípios a gestão pública é falha e deixa a desejar em muitos fatores, diante dessa perspectiva, a população sempre buscava meios de se resguardar. Dessa forma, em muitos loteamentos a população busca formas de instituir condomínios para manter as ruas e calçadas em boa conservação, fechar as ruas para maior segurança entre outros motivos. Porém, os bens públicos não podem ser usucapidos nem incorporados ao domínio particular, o que impedia dessa formação.

Para atender essa necessidade social e regulamentar esse fato, foi permitida a criação de guaritas nas vias, que eram mantidas por associações desses moradores, que devem fazer o controle de acesso nessas vias. Assim, essas associações conservavam as vias, calçadas e praças e o controle de acesso.

É importante frisar que nesse tipo de loteamento, qualquer pessoa pode transitar desde que tenha o cadastro efetuado no ponto de controle. Ou seja, não há necessidade de pedir autorização aos moradores para entrar, pois os ambientes ainda são públicos.

Com a falta de fiscalização dos órgãos da prefeitura, alguns desses loteamentos passam a proibir as pessoas de entrarem sem autorização prévia de um dos residentes do loteamento.

Outro problema enfrentado por essas associações, é o fato de não haver obrigatoriedade de todos os residentes nesse loteamento contribuírem com os custos de manutenção, o que sobrecarrega a alguns dos residentes. Inclusive, já é matéria sumulada no STF pelo Ministro Marco Aurélio Mello no Recurso Extraordinário 432.106-RJ: “descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido”.

Com essa necessidade que vinha sendo observada, a Lei nº 13.465/2017 trouxe algumas alterações na Lei nº 6.766/1979 (Lei de Loteamentos). Podemos observar algumas delas no art. 2º, § 7º e § 8º, da lei de loteamentos, que irão prever o condomínio de lotes e o loteamento de acesso controlado, vejamos:

§ 7º O lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes.

§ 8º Constitui loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1º deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados.

3.3 A CONSTITUIÇÃO E VENDA DO LOTEAMENTO

O loteamento, para ser realizado, deve observar uma série de requisitos, dentre eles, podemos destacar a área mínima de 125m², com previsão legal no art. 4º, II da Lei de Loteamentos, como também o plano diretor quanto a densidade de ocupação não será ultrapassada após a divisão das glebas.

Também são exigidos outros pontos para a liberação da elaboração do projeto do loteamento. O interessado deverá requisitar ao órgão competente, Prefeitura Municipal ou Distrito Federal, as diretrizes para o uso do solo. Para isso, deve o proponente anexar ao requerimento a planta do imóvel contendo as condições presentes nos incisos do art. 6º da Lei nº 6.766/79 (BRASIL, 1979):

Art. 6º. Antes da elaboração do projeto de loteamento, o interessado deverá solicitar à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal quando for o caso, que defina as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, apresentando, para este fim, requerimento e planta do imóvel contendo, pelo menos:

I - as divisas da gleba a ser loteada;

II - as curvas de nível à distância adequada, quando exigidas por lei estadual ou municipal;

III - a localização dos cursos d'água, bosques e construções existentes;

IV - a indicação dos arruamentos contíguos a todo o perímetro, a localização das vias de comunicação, das áreas livres, dos equipamentos urbanos e comunitários existentes no local ou em suas adjacências, com as respectivas distâncias da área a ser loteada;

V - o tipo de uso predominante a que o loteamento se destina;

VI - as características, dimensões e localização das zonas de uso contíguas.

A Prefeitura Municipal ou Distrito Federal deverá sinalizar nas plantas do projeto, entregues no requerimento, quais os projetos previstos no planejamento estadual e municipal para aquela zona.

Com o parecer municipal, deve o requerente retornar com o projeto contendo os desenhos, memorial descritivo, cronograma da execução da obra e certidão atualizada da matrícula da gleba, expedida pelo cartório, junto com a certidão negativa de tributos municipais para obter a aprovação do projeto para iniciar execução. A execução obra do projeto apresentado não pode superar o período de quatro anos.

Após obter admissão do projeto, o loteador deve submetê-lo ao registro imobiliário, no prazo máximo de 180 dias, com os documentos elencados nos incisos do art. 18 da Lei nº 6.766/79 e executar a obra conforme o cronograma sob pena de caducidade da aprovação.

Na sequência, os lotes podem ter sua comercialização realizada. Podendo o compromisso de compra e venda se dar por meio de escritura pública ou instrumento particular, desde que nos moldes do modelo apresentado no registro imobiliário e que contenha os requisitos dos incisos do art. 26 da lei em comento:

Art. 26. Os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, de acordo com o modelo depositado na forma do inciso VI do art. 18 e conterão, pelo menos, as seguintes indicações:

I - nome, registro civil, cadastro fiscal no Ministério da Fazenda, nacionalidade, estado civil e residência dos contratantes;

II - denominação e situação do loteamento, número e data da inscrição;

III - descrição do lote ou dos lotes que forem objeto de compromissos,

confrontações, área e outras características;
IV - preço, prazo, forma e local de pagamento bem como a importância do sinal;
V - taxa de juros incidentes sobre o débito em aberto e sobre as prestações vencidas e não pagas, bem como a cláusula penal, nunca excedente a 10% (dez por cento) do débito e só exigível nos casos de intervenção judicial ou de mora superior a 3 (três) meses;
VI - indicação sobre a quem incumbe o pagamento dos impostos e taxas incidentes sobre o lote compromissado;
VII - declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente. (BRASIL, 1979)

O compromisso de compra e venda, acompanhado da prova de quitação já será suficiente para realizar o registro no nome do comprador do lote adquirido.

Para trazer segurança na operação, para o promitente comprador e promitente vendedor, são previstos alguns dispositivos. No art. 29, podemos observar que os direitos e obrigações da propriedade loteada se sucederá a aquele que a adquiriu por ato inter vivos ou por sucessão causa mortis. Também será resguardada a validade do contrato mesmo que haja sentença declaratória de falência ou insolvência de qualquer uma das partes. Ademais, qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado, deverá ser feito através de acordo entre o loteador e os adquirentes, conforme o art. 28, a seguir reproduzido:

Art. 28. Qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, devendo ser depositada no Registro de Imóveis, em complemento ao projeto original com a devida averbação. (BRASIL, 1979)

Destarte, podemos concluir que a Lei de Loteamentos é uma importante regulamentação quanto ao parcelamento do solo ao que se refere a atender ao planejamento urbano do município, ao crescimento populacional de forma regulamentada pelo poder público e segurança na relação dos loteador e adquirente.

4 A LEI DE INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS E SUAS PECULIARIDADES QUANDO A DIVISÃO DOS BENS IMÓVEIS – LEI Nº 4.591/64

A Lei nº 4.591/64 é popularmente conhecida como a lei das incorporações imobiliárias. Ela vem a tratar sobre os condomínios e a sua formação, como se deve dar à administração e como também normatiza o processo da incorporação

imobiliária.

4.1 A FORMAÇÃO DOS CONDOMÍNIOS

A definição de condomínios e suas formas já foram tratadas no tópico 3.2. Assim, já ciente da distinção entre eles, essa lei regulamenta os condomínios edilícios.

Esse tipo de condomínio pode ser com as unidades autônomas sobrepostas umas às outras, formando os condomínios verticais ou podem se situarem lado a lado, formando os condomínios horizontais.

Essas unidades, apesar de autônomas, são inseparáveis a uma fração ideal do terreno em que estão localizadas. Elas podem ter destinação residencial como comercial e é possível a sua alienação.

Na convenção do condomínio está estipulada todas as regras de como ele deve ser organizado e gerenciado. Segundo o art. 9º da Lei nº 4.591/64, a convenção será elaborada pelos proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos relacionados à aquisição de unidades autônomas das edificações em construção, ainda por construir ou já concluídas e para ser aprovada necessita das assinaturas de, no mínimo, 2/3 das frações ideais dos que compõem o condomínio.

Ainda sobre a convenção condominial define Gabriel Junqueira (2002, p.77):

A convenção é a Lei do condomínio. Sendo o condomínio edifícios ou outros uma pequena comunidade, a convenção é a norma com poder imperativo, com o fim precípua de estabelecer direitos e obrigações entre os condôminos. A convenção pode ser instituída antes ou depois de ser construído o prédio.

Quanto as despesas do condomínio, estas devem ser rateadas entre os condôminos, exceto as que sejam oriundas do uso individual de cada unidade autônoma, como é o caso da energia. Vejamos o art. 12 da Lei nº 4.591/64 (BRASIL, 1964):

Art. 12. Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber em rateio.

§ 1º Salvo disposição em contrário na Convenção, a fixação da quota no rateio corresponderá à fração ideal de terreno de cada unidade.

§ 2º Cabe ao síndico arrecadar as contribuições competindo-lhe promover, por via executiva, a cobrança judicial das quotas atrasadas.

§ 3º O condômino que não pagar a sua contribuição no prazo fixado na

Convenção fica sujeito ao juro moratório de 1% ao mês, e multa de até 20% sobre o débito, que será atualizado, se o estipular a Convenção, com a aplicação dos índices de correção monetária levantados pelo Conselho Nacional de Economia, no caso da mora por período igual ou superior a seis meses.

§ 4º As obras que interessarem à estrutura integral da edificação ou conjunto de edificações, ou ao serviço comum, serão feitas com o concurso pecuniário de todos os proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades, mediante orçamento prévio aprovado em assembléia-geral, podendo incumbir-se de sua execução o síndico, ou outra pessoa, com aprovação da assembléia.

§ 5º A renúncia de qualquer condômino aos seus direitos, em caso algum valerá como escusa para exonerá-lo de seus encargos.

Para a administração do condomínio, será eleito o síndico conforme fora estabelecido pela convenção do condomínio. Ele pode ser pessoa física ou jurídica que resida ou não no condomínio. Hoje, é muito comum encontrar empresas especializadas em desempenhar essa atividade. O síndico pode ser remunerado, ou não, e seu mandato não pode superar a dois anos.

Aghiarian (2006, p. 227) estabelece, em sua obra, algumas funções que o síndico deve desempenhar no condomínio:

(...) convocar a assembléia dos condôminos; representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns; dar imediato conhecimento à assembléia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio; cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembléia; diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessam aos possuidores (...).

Caso hajam faltas praticadas pelo síndico que causem danos a terceiros, os condôminos serão responsabilizados e terão o direito regressivo perante o autor. Ou seja, por mais que os condôminos sejam responsabilizados pelos atos praticados pelo síndico, ele pode ter que indenizar os condôminos por ter praticado tais faltas.

4.2 AS INCORPORAÇÕES

A incorporação em sentido amplo, nos remete a ideia de agregar alguma coisa à outra, no direito civil podemos observar sua definição relacionada a agregar algo ao solo e ambos passam a ser uma única coisa. Porém no meio do direito imobiliário, é visto como a atividade de construir e vender edificações com unidades autônomas.

Essa é uma atividade empresarial com finalidade lucrativa que será efetuada

por um incorporador, este poderá ser pessoa física ou pessoa jurídica. O incorporador irá vender as unidades do projeto que será executado, com a captação de recursos financeiros e terá o início da obra. Não necessariamente o ele terá que efetuar a construção, mas tem a responsabilidade de coordenar e acompanhar o seu progresso, afinal ele é o responsável pelo empreendimento.

Assim Chalhub (2005, p.11) define o traço característico da atividade como:

(...) a “venda antecipada de apartamentos de um edifício a construir”, que, do ponto de vista econômico e financeiro, constitui o meio pelo qual o incorporador promove a captação dos recursos necessários à consecução da incorporação; a captação de recursos (...)

Como já é sabido, o direito à propriedade, e não só ela, são resguardados pela Constituição e, portanto, devemos ter uma atenção especial a ela.

Observe Gilmar Mendes (2017, p. 235):

É evidente que a propriedade, nos termos do art. 5º, XXII, da Constituição, há de compreender aquilo que a ordem jurídica ordinária designa como tal. Tal orientação não impede que outras situações jurídicas possam vir a ser abrangidas por esse conceito, obtendo assim a proteção constitucional devida. (...)
Assim, embora integre o conceito de propriedade a definição constante da legislação civil, é certo que a garantia constitucional da propriedade abrange não só os bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais.

Com isso, vemos que esse direito é bem mais amplo do que o simples imóvel. Gilmar ainda afirma que no direito alemão o conceito da propriedade se estende a construção, títulos com juro prefixados, licença de exploração mineral, ações, domínio na internet, direitos autorais e outros.

Se utilizando do direito comparado, podemos utilizar vários desses exemplos do direito alemão a nossa realidade no direito brasileiro.

Dessa forma, visando a máxima proteção ao direito da propriedade, a lei veio estabelecer a criação do “memorial de incorporação”. Nele deve estar descrita todas as informações necessárias para identificar as novas unidades a serem constituídas, como as frações ideais desse empreendimento e os demais documentos necessários à construção.

Tamanha é a proteção que incorporador só poderá iniciar as vendas das unidades autônomas após o registro do memorial de incorporação no Registro de Imóveis competente, conforme se observa no art. 32 da Lei nº 4.591/64 (BRASIL,

1964), que também elenca toda a documentação desse memorial:

Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

- a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretratável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado;
- b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativante ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador;
- c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros;
- d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes;
- e) cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade a respectiva metragem de área construída;
- f) certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular de direitos sobre o terreno for responsável pela arrecadação das respectivas contribuições;
- g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei;
- h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do art. 53 com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra;
- i) discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão;
- j) minuta da futura Convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações;
- l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do art. 39;
- m) certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do artigo 31;
- n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34);
- o) atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de cinco anos.
- p) declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos.

4.3 O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

O patrimônio de afetação, já presente na Lei de incorporações imobiliárias teve uma grande atualização em 2004 pela Lei nº 10.931 que atualizou esse instituto com o objetivo de proteger o consumidor principalmente no seu direito constitucional de propriedade.

Essa alteração foi muito importante diante o grande número de consumidores

que eram prejudicados pelas quebras empresariais do setor. O estopim foi na falência da construtora ENCOL, na década de 1990, se estima mais de 40 mil clientes em todo o Brasil que ficaram sem receber os imóveis. Com isso, houve um grande prejuízo na economia e o medo de fazer investimentos desse modo.

Destarte, veio a nova figura do patrimônio de afetação como “a constituição de reserva de bens a constituir um patrimônio autônomo ao incorporador, objeto de garantia em favor dos promitentes-compradores, tornando imune (este patrimônio) à insolvência ou falência daqueles.” (Aghiarian, 2006, p. 272).

Para complementar afirma Marques Filho (*apud* Tutikian, 2008, p.182): “A Lei 10.931 trouxe alterações à Lei 4.591/64. Estas alterações objetivavam dar segurança e estabilidade à função econômica e social do acervo da incorporação, dando maior garantia aos adquirentes e às instituições financeiras (...)”.

O patrimônio de afetação irá instituir uma proteção a todo o capital que foi pago pelos clientes para a compra daquelas unidades, de forma que só poderá ser utilizado nas despesas decorrentes dessa incorporação. Conforme define Chalhub (2005 p. 62):

Por efeito de afetação, cria-se um regime de vinculação de receitas, pelo qual as quantias pagas pelos adquirentes fiquem afetadas à consecução da incorporação, vedado, nos limites definidos pela lei, o desvio de seus recursos para outras finalidades. O volume dos recursos afetados, entretanto, limita-se ao *quantum* necessário à execução da obra e regularização do edifício no Registro de Imóveis, estando excluídas da afetação, portanto, as quantias que excederem a esse limite, das quais o incorporador pode se apropriar sem restrição alguma.

Disso se conclui que cada incorporação imobiliária terá uma contabilidade independente da sua incorporadora, e esse patrimônio constituído pela venda, “na planta”, das unidades autônomas, só irá responder pelas dívidas e obrigações da própria incorporação. Desta feita, há uma proteção quanto a grande movimentação de dinheiro que as construtoras costumam fazer entre as suas construções, em que o lançamento e as vendas de um novo empreendimento visa custear as dívidas existentes de uma obra ainda em execução.

O patrimônio de afetação pode ser constituído a qualquer momento, apenas é necessário o registro no Registro de Imóveis do termo assinado pelo incorporador e pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno, conforme previsto no art.

31-B da Lei nº 4.591/64.

O patrimônio será composto pelos ativos e passivos da incorporação. Ou seja, terá na sua composição: o terreno; as acessões, as receitas oriundas das vendas; o saldo de conta corrente do condomínio; os débitos existentes com os fornecedores, como também os trabalhistas, fiscais e previdenciários e as obrigações com os agentes financeiros.

Ainda é importante destacar que na ocorrência da falência da incorporadora, além de seus débitos não poderem atingir a patrimônio dessa incorporação, é possível que as comissões de representantes das incorporações contratem outras construtoras para finalizarem as obras.

Vejamos o que Mattos (2011, p.42) afirma sobre o assunto:

Por ser autônomo, o Patrimônio de Afetação somente responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação de que se trata. Na hipótese de uma situação falimentar, os adquirentes, através da Comissão de Representantes e independentemente de autorização judicial, assumem a administração da obra e ficam responsáveis por sua conclusão, herdando os créditos das vendas feitas e tendo legitimidade para vender em leilão extrajudicial as unidades ainda não comercializadas (estoque).

Nesse aspecto protecionista podemos encontrar diversas incorporações com o patrimônio de afetação e tem os seus recursos protegidos das dívidas oriundas das incorporadoras, vejamos um caso:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. INCORPORAÇÃO. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE EM RELAÇÃO A DÉBITOS DA INCORPORADORA.

O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. Registrado o patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente, o crédito tributário constituído em nome da Incorporadora não pode ser óbice ao fornecimento de certidão negativa de débitos à Incorporação.

(TRF-4 APL:50070643520174047112 RS, Relator: ANDREI PITTEN VELLOSO, segunda turma)

Portanto, é perceptível o papel do patrimônio de afetação em ampliar a segurança jurídica do consumidor em relação a sua aquisição, caracterizando-se como instrumento para proteção ao acesso à moradia. O ponto controvertido existente, é o fato de não ser obrigatório a aplicação do patrimônio de afetação, cabendo a incorporadora decidir por adotar ou não.

5 CONCLUSÃO

Conforme pode se observar no ponto 3, o condomínio e o loteamento são institutos do direito muito próximos e que por muitas vezes são confundidos ou são considerados como sendo a mesma coisa.

Em ambas as relações, observamos que há a existência da venda e alienação de unidades autônomas. Em algumas delas observamos a divisão de grandes glebas em lotes menores, e outras construção de edifícios com unidades sobrepostas.

Logo, ao analisar o dever constitucional em assegurar o direito a propriedade como um direito constitucional, apenas a incorporação imobiliária possui uma forma eficaz, o patrimônio de afetação, para prevenir que aquela propriedade que está sendo comprada ou alienada seja de fato adquirida.

A luz da hermenêutica jurídica, quando há uma lacuna na lei, deve o juiz buscar a solução por meio da analogia, costumes ou princípios gerais do direito. A analogia consiste na utilização de uma lei prevista para uma situação distinta, a este caso em que há lacuna na sua legislação.

Considerando que nos projetos de loteamentos, as vendas dos lotes são realizadas antes da finalização do loteamento e devido a situações de pouca eficiência das prefeituras municipais, fica a cargo do loteador a construção da infraestrutura e dos acessos aos lotes. Em se tratando da falência desse loteador, há grande probabilidade do loteamento não ser entregue conforme a proposta oferecida e assim ficando ameaçado o direito a propriedade desse cidadão. Dessa forma, é perceptível a existência da lacuna em relação a segurança jurídica da aquisição da propriedade nos moldes da proposta de venda, na Lei nº 6.766/79.

Sendo assim, utilizando dos princípios da hermenêutica para garantir o direito constitucional da propriedade, deveria ser homologado a utilização do instituto do patrimônio de afetação de forma subsidiária à lei de loteamentos em suas lacunas com a finalidade de obter a maior segurança jurídica ao consumidor.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 6ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2006.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406**: promulgada 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 01 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.591**: promulgada 16 de dezembro de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm>. Acesso em 01 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.766**: promulgada 19 de dezembro de 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm>. Acesso em 01 set. 2018

BRASIL. **Lei nº 8.629**: promulgada 25 de fevereiro de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm>. Acesso em 15 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 432.106-RJ**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629287>>. Acesso em 04 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação cível 50070643520174047112-RS. Apelante: União – Fazenda Nacional. Apelada: Silva Abreu Incorporacoes LTDA. Relator: Juiz Andrei Pitten Velloso. 02 de outubro de 2018.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005.

ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. **Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil**. Disponível em <<http://registrodeimoveis1zona.com.br/?p=270>> Acesso em 4 de nov. 2018.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil**: direitos reais. Caxias do Sul, RS: Educ, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral. ed. 16, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. ed. 8, São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA, Gabriel J.P. **Teoria e prática do direito imobiliário**: aquisição, perda, defesa, ações. 3ª ed. rev. atual, Bauru, SP: EDIPRO, 2002.

LEI NO 13.465/2017 - MUDANÇAS NA LEI DE LOTEAMENTO E INCORPORAÇÃO

IMOBILIÁRIA. Disponível em: <<http://ces-solucoes.com.br/artigo?idartigo=72>> Acesso em 5 de out. 2018.

LEONELLI, Gisela Cunha Viana. **A construção da lei federal de parcelamento do solo urbano 6.766**: debates e propostas do início do sec. XX a 1979. 2010. Dissertação (Doutorado em Teoria e História da Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Carlos, 2010.

LIRA, Úrsula Bezerra e Silva. **A Servidão Administrativa e o Estado Regulador: Compatibilidade com o Princípio Constitucional da Legalidade e a Limitação ao Direito Real de Propriedade**. 2013. 184 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013.

MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. São Paulo: Pini, 2011.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Condomínio**: doutrina, legislação, jurisprudência, peças processuais: modelos. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos Editora, 2017;
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Novidades da Lei nº 13.465/2017**: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado. 17 de julho de 2017. Disponível em:
<<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/478658357/novidades-da-lei-n-13465-2017-o-condominio-de-lotes-o-condominio-urbano-simples-e-o-loteamento-de-acesso-controlado>> Acesso em 20 de set. 2018.

SALVADOR, Frei Vicente. **História do Brasil**. Bahia, 1627. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000138.pdf>>. Acesso em 02 de nov de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, volume 1: lei de introdução e parte geral. ed. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, volume 4: direito das coisas. ed. 6. São Paulo: Método, 2014.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da Incorporação Imobiliária**: implementação do direito fundamental à moradia. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AMBIENTE VIRTUAL: OS LIMITES DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO A PRIVACIDADE.

Flávio Antônio de Lara Andrade Junior¹

Edinaldo Benício de Sá Júnior²

RESUMO

Diante da evolução da sociedade, da globalização e com a chegada do período pós-moderno, que trouxe mudanças nas relações sociais em decorrência da criação e do avanço no desenvolvimento dos meios tecnológicos, como os computadores e a internet, surge uma nova forma de convivência e relação entre as pessoas que utilizam as redes sociais, derivadas do surgimento do ambiente virtual, para interagir. No Brasil, essas relações acabam por produzir um novo desafio para o Direito, devido ao surgimento consequente de condutas consideradas danosas praticadas nesse espaço virtual, denominadas crimes virtuais, que devem ser acompanhadas, reguladas e combatidas, recebendo a devida resposta Estatal. Em decorrência desses fatos, pretende-se fazer um estudo aprofundado e analítico sobre os limites do exercício da liberdade de expressão e do direito à privacidade no ambiente virtual. A princípio, será feita uma análise histórica do surgimento da rede de computadores, passando posteriormente pelas condutas consideradas delituosas e como se originam, baseando-se em casos concretos, precedentes e como são combatidos pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. Por fim, será feita uma pesquisa sobre os limites do exercício desses direitos no ambiente virtual e possíveis técnicas a serem utilizadas para o controle dessas condutas e sua prevenção.

Palavras-Chave: Globalização. Relações sociais. Redes sociais. Ambiente virtual. Crimes virtuais.

VIRTUAL ENVIRONMENT: THE LIMITS OF THE EXERCISE OF FREEDOM OF EXPRESSION AND THE RIGHT TO PRIVACY.

ABSTRACT

Faced with the evolution of society, globalization and the arrival of the postmodern period, which brought changes in social relations as a result of the creation and advancement in the development of technology, began the production of computers and the Internet, creating the virtual environment context, that made possible a new way of coexistence and relationship between people who use social medias to interact. In Brazil, these relations created a new challenge for the Law, based on the consequent

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: flaviolarajunior@gmail.com

² Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Professor Universitário e Coordenador da Pós em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). E-mail: beniciodesa@outlook.com

emergence of conduct considered harmful in this virtual context, called virtual crimes, which must be monitored, regulated and combated, receiving the appropriate State response. As consequence, the proposed study intended to make a deep and analytical study on the limits of the exercise of freedom of expression and the right to privacy in the virtual environment. In contrast, a historical analysis was made about the rise of the computing medias. The proposed research will also analyse the conduct considered criminal and how it was originated, based on concrete cases, precedents and how they are regulated by the Brazilian Legal Order. Finally, a research was made on the limits of the exercise of these rights in the virtual environment and possible techniques to be used to control the conducts that violate them.

Keywords: Globalization. Social relationships. Social networks. Virtual Environment. Virtual Crimes.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem nos últimos anos um grande desafio a enfrentar: o combate e o controle da violação dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, que ocorrem corriqueiramente no ambiente virtual. Isto significa que o Estado brasileiro deve adotar medidas em acompanhamento ao desenvolvimento tecnológico, para melhorar e tornar seguro a convivência e relação dos indivíduos que usufruem desse novo cenário de relações interpessoais virtual.

Com o crescimento expressivo de pessoas, oriundas de lugares distintos, que passam a utilizar o ambiente virtual, surge uma problemática no qual esse trabalho busca responder, sendo ele, quais os limites do exercício do direito à liberdade de expressão e do direito à privacidade no ambiente virtual.

Porém, para que seja possível o entendimento do ponto limite desses direitos, como ocorrem suas violações e as medidas para o combate dessas práticas, se faz necessário uma análise do ambiente virtual, relatando sobre o seu surgimento, desenvolvimento e sobre as legislações que vigoram e normatizam os direitos fundamentais, citados anteriormente, quando exercidos nesse panorama.

Em face do exposto, o método de abordagem do presente artigo é o dedutivo, realizando-se uma análise por meio de uma cadeia de estudos descendente do conteúdo, partindo do conceito geral aos particulares, ou seja, partindo de uma premissa maior, passando por outra menor e chegando a uma conclusão particular.

Além do mais, a técnica de pesquisa utilizada é de cunho bibliográfico para um embasamento e expansão do tema trabalhado, ou seja, será desenvolvido com base na análise de bibliografias, artigos, documentos e legislações a respeito do tema, assim

como casos concretos ocorridos no cenário brasileiro, para se ter um reflexo de acontecimentos exemplificativos na atual realidade brasileira.

O método de procedimento empregado é o histórico e o comparativo, o primeiro se deve ao fato que o presente trabalho constituirá uma análise histórica do ambiente virtual e do exercício da liberdade de expressão por meio de um acompanhamento da evolução do mesmo pela história. A utilização do segundo método é devido a realização de comparações entre os dados do presente com os do passado, observando o ambiente virtual no início e na atualidade.

Neste contexto, no Capítulo 2º deste trabalho buscase fazer um panorama histórico sobre a origem do computador e internet, por meio da análise dos fatores e dos cenários que contribuíram para o surgimento e para a evolução desse aparelho tecnológico com o decorrer dos anos, verificando a sua disseminação pelo mundo até a chegada no Brasil e fazendo uma breve observação sobre as áreas que adotaram a utilização desse mecanismo na atualidade.

O Capítulo 3º objetiva-se a estudar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, em específico o direito à liberdade de expressão e privacidade, ou seja, o conceito desses direitos jurídicos e suas características com base no posicionamento de alguns doutrinadores a respeito do tema. Para isso, se destrinchará o ordenamento jurídico brasileiro com a intenção de fazer uma análise acerca da previsão legal da liberdade de expressão e do direito à privacidade, direitos esses que recaem sobre todos os cidadãos. Além disso, será mostrado o entendimento de doutrinadores sobre o tema e as características desses direitos, conquistadas e aderidos por meio da evolução histórica e com o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Adiante, no 4º Capítulo será tratado o conceito de crimes virtuais, as ferramentas usadas para praticar esses delitos, as espécies, os embaraços existentes em relação ao colhimento de provas, a competência judicial para julgamento desses litígios, as normas criadas para a normatização dessas condutas consideradas ilícitas, também será feita uma breve narrativa sobre as redes sociais e a prática dos delitos nesse ambiente, e apresentação de estatísticas do acontecimento dessas práticas criminosas no Brasil.

Já no 5º Capítulo, irá ser realizado uma ponderação de até onde vão os limites do direito à liberdade de expressão e privacidade na internet e suas características,

utilizando de entendimento de doutrinadores e buscando-se elucidar por meio de exemplificação com casos concretos, como ocorrem a violação dos direitos fundamentais em ambiente virtual, servindo para facilitar a visualização da problemática existente na atualidade com o surgimento do ambiente virtual.

Assim, ao final do presente trabalho se busca compreender até onde no ambiente virtual, por ser um novo cenário de relações interpessoais, os usuários do mesmo, devem respeitar as normas constitucionais fundamentais, tratando em específico a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Podendo, quando respeitados esses preceitos, exercer suas liberdades e interagir com demais pessoas de localidades distintas que também utilizam a rede mundial de computadores, exercendo diretamente o seu direito no ambiente virtual.

2 BREVE HISTÓRIA DO COMPUTADOR E DA INTERNET

A princípio se faz necessário trazer a narrativa histórica sobre o desenvolvimento do computador e internet, já que será um ponto continuamente tratado no decorrer do trabalho, elencado os cenários que contribuíram para o seu surgimento, seu desenvolvimento ao passar dos anos até a sua chegada no território brasileiro e suas características na atualidade.

O período que permeia meados da década de 1950 era caracterizado pelo período da Guerra Fria, em que ocorria o confronto ideológico entre um bloco representado pelos Estados Unidos da América e outro liderado pela União Soviética, momento em que estas disputas eram feitas de forma indireta, por meio da influência das duas superpotências. Durante essa época, qualquer avanço de ordem social, militar e principalmente tecnológico era considerado essencial e significava vantagem em relação ao adversário. (LEFFLER e PAINTER, 2005)

Como consequência dessa rivalidade, no período que permeia o ano de 1957, a União Soviética produziu e lançou o primeiro satélite espacial que entrou efetivamente na órbita da terra, denominado Sputnik. Em contrapartida, com a preocupação de ficar para trás de seu adversário, o Estados Unidos da América representado pelo presidente John Kennedy prometeu que enviaria um americano a lua e criaria um sistema de defesa à prova de destruição. (WENDT e JORGE, 2013)

Assim, o Estados Unidos com o objetivo de criar o prometido sistema de defesa, além de ter a pretensão de adotar medidas para acelerar o desenvolvimento

tecnológico do país e coordenar futuras atividades relacionadas com o espaço e satélites criou a *Advanced Research Project Agency* – ARPA. No ano posterior a sua criação, a ARPA se enfraqueceu em decorrência da criação da *National Aeronautics & Space Administration* - NASA, que possuía objetivos similares à aquela. Assim, a ARPA teve que se adaptar e modificar a sua atuação, com novos tipos de pesquisa, que incluía projetos com resultados a longo prazo e parcerias com instituições de ensino, tornando sua atuação mais técnica e científica.

Com a alteração de seu objetivo principal, a *Advanced Research Project Agency* - ARPA, investiu em projetos e assuntos como a computação interativa e os sistemas de tempo compartilhado, que futuramente seria essencial para a criação dos computadores. Em decorrência desses fatores, surgiram condições adequadas para a origem dos primeiros computadores comercializáveis disponíveis, produzidos primeiramente pela empresa *International Business Machines* - IBM, que obteve controle quase que absoluto sobre o domínio do mercado de informática até aproximadamente a década de 1980.

Posteriormente, com o início da produção de computadores e sua comercialização, produzidos pela IBM, havia um problema evidente para o exército dos Estados Unidos que usufruía desse recurso tecnológico, em que, caso um dos terminais sofre-se ataque pela União Soviética, informações sigilosas poderiam ser roubadas ou destruídas, devido a centralização das mesmas. Assim, no ano de 1962, a Força Aérea do Estados Unidos, preocupado com eventual guerra ou ataque nuclear, buscava uma forma de se proteger de um ataque que poderia ocorrer. Foi então, realizada uma solicitação à empresa *Rand Corporation*, um estudo sobre uma rede de comunicação militar descentralizada, que seria despida de um núcleo central, ou seja, que funcionasse mesmo que fossem destruídos alguns de seus terminais. (WENDT E JORGE, 2013)

A *Rand Corporation*, em resposta ao órgão militar, emitiu um relatório para que o pedido de implementação do projeto fosse feito à *American Telephone & Telegraph* - AT&T. Porém, ao ser realizado o pedido à empresa indicada, não houve a concordância para a implementação do projeto, alegando que caso o projeto fosse realizado, seria a mesma coisa de criar uma rede digital de pacotes que iria concorrer com a própria AT&T, pois possuía uma rede analógica baseada em comutação de circuitos.

Assim, com o passar dos anos e em decorrência da necessidade de criação de uma rede de comunicações independente, que fosse invulnerável a qualquer tentativa de destruição ou controle, ou seja, que não dependesse de um só núcleo central, onde sua destruição poderia comprometer toda a rede, foi criada a rede *Advanced Research Projects Agency Network* - ARPANET. Essa rede tinha a capacidade de integrar computadores que estivessem distantes, permitindo a comunicação de dados entre os mesmos. Inicialmente, era utilizada somente por órgãos militares ou grandes universidades do Estados Unidos da América, posteriormente a rede desenvolveu permitindo a entrada de empresas.

Com o decorrer dos anos e o crescimento da ARPANET, passou-se de 13 computadores na rede em janeiro de 1971, para 23 em computadores em abril de 1972 e 38 computadores em janeiro de 1973. Conseqüentemente, com o crescente desenvolvimento da rede foi organizada a primeira demonstração pública em 1972 na *First International Conference of Computer Communications*. Durante essa conferência a ARPANET já tinha implementado em seu sistema serviços como login remoto e correio eletrônico. (WENDT E JORGE, 2013)

No ano de 1973, foi realizada a primeira conexão internacional da ARPANET, interligando a Inglaterra e a Noruega. Além de disseminar-se pelas universidades, órgãos militares e governo do Estados Unidos na década 80, fazendo uma interligação da rede no país. Posteriormente, no ano de 1986, foi implementado pela *National Science Foundation* a NSFNET, passando a ARPANET a ser chamada de internet, transformando-se em um sistema mundial público, de redes de computadores.

Com a crescente expansão e desenvolvimento da rede de computadores no mundo, o Brasil importou e implementou no Instituto Brasil de Geografia e Estatística – IBGE, o seu primeiro computador, chamado de UNIVAC 1105. Anos depois, em meados de 1972, a Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP, fabricou o primeiro computador brasileiro, denominado “patinho feio”, sendo um marco importante para a consolidação da internet no Brasil.

No período de 1992, foi criada a Secretaria de Política e Informática, sendo implementado nesse mesmo ano a primeira rede conectada à internet, que interligava as principais universidades brasileiras. Não existia interface gráfica, sendo possível apenas a troca de e-mail pelos usuários conectados à rede.

Posteriormente, em 1995 ocorreu a criação do Comitê Gestor da Internet no

Brasil - CGI.br, com a finalidade de coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços de internet no país, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação dos serviços ofertados, além de estabelecer as diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil.

Nos dias atuais, devido a evolução e o aperfeiçoamento da rede de computadores, a internet passou a ser utilizada para finalidades diversificadas, seja para uma interação social com o uso das redes sociais que torna possível conhecer novas pessoas, também passando a ser usada para a busca de diversão ou até mesmo para a procura de conhecimento em sites de pesquisa que disponibilizam livros, reportagens, documentários, artigos ou monografias com a possibilidade de escolha por conteúdo específico, que são encontrados de forma variada.

A evolução tecnológica tem se demonstrada impactante e variada, afetando diversos setores, como exemplo, o educacional. Em caráter de ensino, algumas universidades e cursos começaram a adotar o uso do ambiente virtual, perdendo a característica anterior de aula presencial, existindo a possibilidade de o aluno tirar as dúvidas diretamente com o professor por e-mail de forma instantânea, sendo essa educação a distância regulamentada pelo Decreto n. 9.057/2017 que trata das diretrizes e bases da educação.

A esfera judicial também sofreu seus benefícios decorrentes do desenvolvimento tecnológico, conforme a Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, passou-se a utilizar o processo judicial eletrônico que colaborou com o giro processual maior e maior fluxo de processos nos gabinetes dos juízes, permitindo reduzir significativamente o tempo de tramitação das ações, quando comparado ao meio físico.

Outro setor afetado foi o trabalhista, em que surgiu o exercício do trabalho pela modalidade Home office, no qual o funcionário de determinada empresa exerce suas funções à distância de forma remota por um computador e com o uso da internet de sua residência ou outro ambiente sem ser necessariamente o local da empresa por qual é contratado, sendo essa modalidade regulada pela Lei n. 13.467/2017 e disciplinada na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. No teletrabalho não à necessidade do comparecimento presencial constante a empresa como de costume, quando comparado com a prática tradicional de exercício de funções por parte do empregado.

Porém, apesar de existir esses fatores positivos citados anteriormente, e com o aumento exponencial a cada ano que passa de pessoas que utilizam a rede mundial de computadores, devido a evolução tecnológica e do fácil acesso a computadores e dispositivos móveis, é possível que possam ser gerados alguns transtornos para algumas pessoas, sejam psicológicos ou financeiros. Assim, o constante acesso pode acabar se tornando um vício, em que a necessidade de utilizar esse sistema é rotineira, podendo acarretar uma dependência.

Conforme disponibilizado pela fonte de dados do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação - Cetic.br, que possui a missão de monitorar a adoção das tecnologias de informação e comunicação, em particular, o acesso e uso de computador, Internet e dispositivos móveis, o acesso à rede mundial de computadores no período de 2017 no Brasil, atingiu um total de 61% dos domicílios com acesso à Internet. Podendo assim afirmar que mais da metade da população do Brasil no ano de 2017 estava conectada ou podia conectar-se a internet.

3 PREVISÃO LEGAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À PRIVACIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, instituída em 1988, que vigora até os dias atuais, traz uma conjuntura de princípios, direitos, garantias e imposições que servem como alicerce para a formação e atuação do Estado Democrático de Direito Brasileiro, sendo ferramenta para o direcionamento do interprete no exercício de sua função.

A Constituição Federal é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Sendo ela a propulsora dos poderes e competências aos órgãos governamentais e autoridades que nela atuam, sendo limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas que a constituí. Além do mais, para a criação e integração de normas no ordenamento jurídico brasileiro se faz necessário o respeito a Constituição Federal, assim como os princípios nela estabelecidos, caso contrário serão consideradas sem validade, ou seja, as demais normas devem estar em conformidade com a Constituição. (SILVA, 2014)

Dentro do conjunto de normas estabelecidas pela Constituição Federal, se tem

os direitos e garantias fundamentais, que servem como prerrogativas a serem respeitadas no momento da criação de normas que futuramente serão instituídas e na tomada de decisões pelo Estado Brasileiro. Os direitos fundamentais são democráticos, porque eles, garante direitos como o da vida, da liberdade, da formação e da propriedade assegurando a existência e o desenvolvimento de pessoas que podem seguir suas vidas e manter o processo democrático, tendo garantias como liberdade de opinião e de meios de comunicação. (ALEXY, 2011)

A Constituição de 1988 implementou os direitos e garantias fundamentais em decorrência da incorporação de uma visão humanista de mundo, em que o Estado deve passar a utilizar de seus aparatos para proteger o bem-estar do homem, com o respeito e promoção de seus direitos, superando a ideia de que o Estado deve pensar apenas em si próprio. (BARCELLOS, 2018)

Além disso, a Constituição Federal é o local adequado para que se tenha a positivação de normas asseguradoras dos direitos e garantias fundamentais de proteção da dignidade da pessoa, pois, a supremacia das normas previstas na Constituição sobre as demais, resguardam maior segurança para o cumprimento dos valores tidos como essenciais ao homem. (MENDES, 2015)

Em decorrência do exposto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 desdobra os direitos e garantias fundamentais em capítulos diferentes, sendo eles: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direito de nacionalidade, direitos políticos e direitos dos partidos políticos.

Os direitos e deveres individuais e coletivos são destinado à proteção dos indivíduos e grupos sociais diferentes, utilizando como essência o conceito de pessoa humana e a própria personalidade, ou seja, com embasando em preceitos como o direito vida, a liberdade, a honra e a dignidade.

Dentro dos direitos e deveres individuais e coletivos possui uma primeira categoria de direitos e liberdades que formam um espaço de autonomia do indivíduo em face da ação do Estado e também de particulares, sendo eles os direitos à vida, à integridade física, psíquica e moral, bem como os direitos à imagem e a honra, a proteção à privacidade e suas diversas manifestações, consagrando ainda a inviolabilidade do domicílio, embora admita decisão judicial que possa afastar. (BARCELLOS, 2018)

Doutrinariamente existe a divisão dos direitos fundamentais em individuais,

individuais de expressão coletiva e coletivos. Os direitos fundamentais individuais são aqueles que emanam sobre cada sujeito do seio social, de forma individual, possuindo esse autonomia e garantias para iniciar a defesa de seus direitos, quando violados, seja contra os demais membros da sociedade política ou até mesmo contra o Estado. Os direitos fundamentais individuais de expressão coletiva referem-se a aqueles que recaem sobre cada sujeito de forma individual, mas que só podem ser exercidos de forma coletiva, como por exemplo o direito a reunião e o de associação. Por último, se tem os direitos fundamentais coletivos, que são garantidos a uma categoria de pessoas, sendo essa categoria o titular do direito, como exemplificação no direito de representação dado as associações. (MASSON, 2016)

No que se refere a liberdade de expressão, a Constituição Federal de 1988, possui a previsão expressa no primeiro capítulo do título dos direitos e garantias fundamentais da liberdade de expressão, que assegura a liberdade de comunicar, de divulgar determinado conteúdo, ideia, pensamento ou opinião, de transmitir a ocorrência de fatos, ou seja, a liberdade de tornar pública e exteriorizar crenças, suposições, juízos, hipóteses e pensamento sobre algo, dando conhecimento ao outro do que pensa ou sabe. (ARAÚJO, 2017)

A liberdade de expressão é um instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático, preservando o pluralismo de opiniões, sendo essencial para a formação da vontade livre. (MENDES, 2015)

A capacidade e competência de se dizer ou divulgar fatos e opiniões, se refere a liberdade de expressão. A liberdade de comunicar e divulgar determinado conteúdo, ideia, pensamento ou opinião está inserido dentro da liberdade de expressão, porém o conteúdo da expressão não necessita ser de uma abstrata racionalidade ou uma simples liberdade de crença. Assim, a liberdade de expressão procura proteger a pessoa que se exprime e garantir um ambiente que seja favorável à expressão, tentando evitar que a pessoa seja punida pelo que fala ou que se silencie por medo de falar. (ARAÚJO, 2017)

Porém, apesar dessa liberdade permitir expressar esses sentimentos, ideias e impressões sobre algo de formas diferentes, seja por mensagens faladas ou escritas, por gestos, expressões corporais, imagens ou outras, a Constituição Federal não resguarda o anonimato no momento dessas manifestações, pois no exercício dessa faculdade, o sujeito que a pratica pode exceder-se, ferindo direito de outrem, fazendo-

se necessário o conhecimento de sua identidade. (MASSON, 2016)

Com base na fundamentação política, se faz uma conexão entre a liberdade de expressão e o processo político, pois a expressão liga ideias de debates de interesse público e cidadania, como participação comunicativa e de aprofundamento na soberania popular, dando ao povo a voz principal nos assuntos públicos. (ARAÚJO, 2017)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso IV, garante a liberdade de manifestação do pensamento sobre a prerrogativa de não haver anonimato, pois durante o exercício dessa manifestação pode ocorrer o dano material, moral ou à imagem a outrem, sendo assegurado ao ofendido, direito a resposta proporcional ao agravo, além de valor indenizatório.

No que se diz respeito ao direito à privacidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevê expressamente em seu artigo 5º, inciso X, a consagração e o tratamento como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Desta forma, deve-se ter o entendimento que o direito à privacidade engloba todas as manifestações que dizem respeito a esfera íntima, privada e da personalidade. (SILVA, 2014)

O direito à privacidade é uma garantia de autonomia para que o indivíduo administre a própria vida da forma que compreenda mais adequada, possuindo direito de manter restrito para si, caso queira, as informações em relação a sua vida doméstica, familiar, os hábitos, escolhas, atitudes e segredos, sem ser obrigado ou ter a necessidade de compartilhar com o meio social ou com pessoas que não tenha a vontade dela compartilhar. (MASSON, 2016)

Em complemento com o citado anteriormente, estão situados dentro da esfera de proteção do direito à privacidade fatos como o lugar onde determinado indivíduo mora ou trabalha, dados pessoais, a própria imagem, estabelecimento comerciais frequentados ou pensamentos e opiniões pessoais. Além disso, não precisam ser necessariamente fatos sigilosos, podem ser informações que familiares ou amigos saibam, mas que o indivíduo não gostaria de compartilhar, pois não quer que se tornem de conhecimento da sociedade ou terceiros. (MARCACINI, 2016)

A privacidade se caracteriza por ser um conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, por sua própria vontade. A

esfera de inviolabilidade dessa privacidade abrange o modo de vida doméstico, as relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamento, segredos e as origens e planos futuros do indivíduo, sendo esse o direito de ser deixado tranquilo ou em paz. (SILVA, 2014)

A violação do direito à privacidade ocorre quando à intromissão na reclusão ou na solidão de indivíduo, exposição pública de fatos privados, exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público por meio de alegações de fatos que possam gerar sentimento de humilhação ou na apropriação do nome e imagem da pessoa para fins comerciais sem autorização do detentor do direito. (MENDES, 2015) O ato de violar a privacidade encontra no texto constitucional remédios expeditos e essa violação, em algumas hipóteses constitui ilícito penal, além do mais, a Constituição Federal explicita e assegura ao lesado, direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, em suma, do direito à privacidade. (SILVA, 2014)

Ademais, quando os direitos explicitados no texto constitucional que dizem respeito a privacidade dos indivíduos forem desrespeitados, será garantido direito de resposta, proporcional ao agravo, além indenização a aquele que teve sua privacidade violada caso tenha sido provocado dano material, moral ou à imagem conforme previsão legal no artigo 5º, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. (FILHO, 2012)

4 ANÁLISE DOS CRIMES VIRTUAIS COM FOCO NA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE

Com o surgimento do ambiente virtual que possibilitou a interação e convívio social entre as pessoas que utilizam a rede mundial de computadores, aliado ao crescente número de usuários, também se possibilitou a atuação de pessoas mal-intencionadas, que utilizam o meio digital para tirar vantagem ou denegrir os demais. Assim, deu-se origem ao surgimento de novos tipos de ameaças, decorrentes da adaptação de criminosos à realidade virtual, sendo essas condutas ilícitas chamadas de Crimes Virtuais.

A prática desses crimes é realizada por usuários que utilizam mecanismos

digitais, seja computadores, tablets, smartphones ou outros equipamentos eletrônicos que possuem a capacidade de conectar-se a internet. Os atos ilícitos podem ser desde crimes contra a honra, invasão de computador, ameaça, pornografia infantil, estelionato, furto mediante fraude, racismo entre outros. Podendo ocasionar como consequência às vítimas, prejuízos tanto de origem psicológica, moral ou econômica.

Com o intuito de regular tipificando esses delitos informáticos, foi sancionado em novembro de 2012 a Lei n. 12.737, que passou a tratar de casos de invasão de dispositivos informáticos e de interrupção ou perturbação de serviços telegráficos, telefônicos, informáticos, telemáticos ou de informação de utilidade. Posteriormente em abril de 2014 com a Lei n. 12.965, conhecido como Marco Civil da internet, passou-se a ter uma legislação cujo objetivo precípuo é o de regular as relações sociais entre os usuários de internet. (GONÇALVES, 2017).

Apesar da criação dessas normas regulamentadoras, houve um crescimento no total de incidentes na internet reportados ao Centro de Estudos, Respostas e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil – CERT.br. Esse centro de estudos é responsável por tratar incidentes de segurança em computadores que envolvam redes conectadas à Internet no Brasil, assim, conforme disponibilizado pela sua base de dados, o Brasil teve um total de 647.112 incidentes registrados no período de 2016, passando para 833.775 incidentes no ano de 2017. Além do mais, outro ponto importante e também disponível pela CERT.br, é que mais da metade dos incidentes ocorridos no território nacional entre janeiro e dezembro de 2017 tem origem do próprio país.

Os crimes virtuais se caracterizam pela possibilidade de serem praticados de formas diversificadas, por meio de links fraudulentos ou programas infectados em que caso sejam abertos de um computador o mesmo é danificado, podendo ocasionar a perda ou roubo de dados que se encontram no sistema operacional.

Entre as peculiaridades existentes nos crimes virtuais, tem-se os desafios relacionados a identificação dos agentes que praticam as condutas tidas como ilícitas, pois podem estar em países distintos do qual onde o efeito da conduta ocorre, ou seja, esses atos criminosos não possuem limitação territorial, ultrapassando fronteiras. Assim, surge um motivo que dificulta a investigação, visto que deve ser determinado a jurisdição que tem competência para julgar o crime.

Dessa maneira, o procedimento investigatório também passa a ter seus

desafios, pois devido a possibilidade de a conduta ser praticada em locais distintos se faz necessário uma colaboração entre as agências que investigam essas práticas assim como o judiciário de cada região, podendo haver o retardado das investigações por empecilhos burocráticos e possível exaurimento das provas do crime virtual devido a inconstância dos indícios.

Os embaraços existentes em relação as provas são ocasionadas devido ao fato das mesmas se encontrarem em lugares distintos, pois a conexão de um criminoso pode ser camuflada por servidores em países diversos. São utilizadas ferramentas que possuem a função de controlar o tráfego de informações, ferramentas essas denominadas proxies, que desviam os dados do fluxo informacional e as fragmentam, gerando obstáculos para identificação do computador de origem da prática criminosa, ou seja, como decorrência o crime virtual pode ter se originado de localizações distintas até alcançar o alvo final. Com isso, deve-se compreender que a cautela é essencial nas atitudes tidas na rede mundial de computadores, tendo que se ter cuidado ao postar algo, ou abrir determinados arquivos ou e-mails.

No que tange competência judicial internacional para julgamento de litígios por danos transnacionais por meio da Internet, o Brasil será competente internacional, quando o demandado for domiciliado em território brasileiro, ou quando a origem do fato ou ato for provocado em território nacional. Porém tendo em vista que a localização do dano ou ação as vezes torna-se impossível de ser determinada devido a tecnologia envolvida, cria-se um problema na localização dos envolvidos. (GONÇALVES, 2017)

Dentro do conglomerado de opções e funções que se podem usufruir no âmbito virtual existem as redes sociais que permitem, por meio de sites ou aplicativos, a interação entre pessoas conhecidas ou desconhecidas, com interesses ou valores comuns e variados, de países diversificados, tornando a possibilidade de conhecer novas culturas sem a necessidade de sair da própria residência. Essas interações com outras pessoas nas redes sociais ocorrem pela comunicação, que são sombreados pelos preceitos da Liberdade de Expressão.

O Marco Civil parte do pressuposto principiológico de que a liberdade de expressão é o fundamento que conceitua o meio de comunicação internet, pois esse é o canal por onde as pessoas e cidadãos se expressam e se envolvem em conteúdos e práticas diversificadas. Esse ambiente é tido como uma praça virtual que reúne todos

que querem se manifestar sobre assuntos diferentes, caracterizando-se como lugar de manifestação e liberdade. (GONÇALVES, 2017)

O período de 2004 foi o ano de surgimento das principais redes sociais, sendo elas o Orkut e o Facebook. Essas foram consideradas as redes mais populares já criadas, em que a primeira é considerada a primeira que se popularizou no Brasil, e a segunda a mais popular de todas até hoje. Porém, posteriormente foi criada outras ferramentas com o mesmo intuito como o Instagram e Twitter que também se tornaram populares.

Essa ferramenta passou a ser utilizada em todo o mundo, chegando a atingir patamar de mecanismo de trabalho para algumas pessoas, algum dos exemplos que se tem hoje são os denominados influenciadores digitais. Esses influenciadores, são pessoas populares na rede social que à utilizam para mostrar o seu dia-a-dia aos seus espectadores e em alguns casos são patrocinados por empresas, no qual essas fornecem seus produtos em troca da divulgação do mesmo, e conseqüentemente as pessoas que a seguem são influenciadas a consumirem os mesmos.

O uso da rede social também foi adotado por algumas empresas e marcas famosas que usufruem dessa ferramenta para interagir com os clientes de forma direta, podendo saber sobre as críticas positivas e negativas que os clientes oferecem, ocorrendo a aproximação com o público. Além disso, também é mecanismo para transparência do ponto de vista que a empresa possui e a divulgação da mesma com um baixo custo se comparado com os meios tradicionais.

Porém, como decorrência da existência da sensação de um falso anonimato, segurança e impunidade, alguns usuários passam a cometer crimes como injúria, difamação, calúnia, racismo ou ameaças nos ambientes de interação social, como as redes sociais, pois devido ao fato de estarem atrás de uma tela passam a se sentir confiantes e no direito de expor as ideias ou opiniões que querem e que muitas vezes acabam por denegrir ou ofender outros usuários que utilizam a internet. Com isso, também são reproduzidos e proliferados o ódio, intolerância e falta de respeito em relação a misoginia, aparência, religião, política, homofobia, xenofobia e classe social, em que anteriormente ao surgimento possuíam maior dificuldade de serem disseminados.

Além disso, ocorre corriqueiramente o envio de links falsos nas redes sociais por usuários mal-intencionados com o intuito de prejudicar e levar a vítima a baixar

arquivos infectados, para roubar informações de perfis dos usuários, alterá-los e excluí-los. Essa prática entra em confronto com o artigo 7º, inciso I, da Lei n. 12.965, que garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Com a intenção de combater essas condutas de violação da privacidade o Marco Civil passou a conceituar e explicar a proteção da privacidade, que visa proteger os registros, dados pessoais e as comunicações privadas. E agregado as disposições do Marco foram feitas disposições protetivas da privacidade individual, estabelecendo inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. Essas comunicações armazenadas dizem respeito aos dados já registrados em banco de dados, sendo necessário a imposição de um processo para que se decida sobre a possibilidade de violabilidade do direito à privacidade. (MARCACINI, 2016)

Conforme o artigo 10 da Lei n. 12.965, os dados pessoais do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, devendo o provedor somente ser obrigado a disponibilizar registros mediante ordem judicial. Assim, se faz necessário ordem judicial para a entrega dos dados armazenados, gerando um resguardo de legitimidade e protegendo os usuários de abusos indevidos de interceptações de dados, além de criar uma proteção jurídica. (GONÇALVES, 2017)

Em vista desses fatores, apesar de a Internet facilitar a vida das pessoas, com a disponibilização de informações, entretenimento e comunicação, por meio do uso de dispositivos portáteis, também se tornou um ambiente propício ao surgimento dessas condutas ilícitas, que passaram a ocorrer constantemente, se fazendo necessário a prevenção, conscientização e o estudo para não cair em tentativas de golpes diários.

5 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO A PRIVACIDADE NO AMBIENTE VIRTUAL

Para o exercício do direito à liberdade de expressão na internet deve se compreender a sua regulação, e isso ocorre por meio do estabelecimento de linhas entre o permitido e o não permitido, e essas linhas podem variar conforme a lógica do controle pretendido. Porém deve-se atentar para que essas limitações de controle não afetem o discurso, induzindo as pessoas a ficarem em silêncio em ocasiões que

poderiam se manifestar, pois deve-se preservar um espaço pluralista, descentralizado e livre como elemento de uma sociedade democrática. (ARAÚJO, 2017)

Devido a capacidade comunicativa do homem na internet, passou a ser possível a descentralização e manifestação de ideias de forma potencializada, pois se tornou viável a qualquer pessoa poder atingir uma audiência mais ampla do que lhe seria tradicionalmente permitido. Em decorrência do não entendimento pelos usuários desses ambientes virtuais, por vezes, sobre as limitações a serem respeitadas no exercício da liberdade de expressão, passam a gerar conflitos entre direitos fundamentais distintos e para a solução desses conflitos usa-se a ponderação.

A ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável para a solução de conflitos em que as partes conflitantes alegam, violação ou garantia, de direitos a normas de mesma hierarquia. Se divide a ponderação em um processo de três etapas, cabendo primeiro ao interprete detectar no sistema às normas relevantes para a solução do caso, em seguida examinar os fatos e circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos e por último analisar o grupo de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, a norma que deve preponderar no caso. (BARROSO, 2010)

Entre as diversas ferramentas existentes no ambiente virtual se tem o YouTube, uma plataforma de compartilhamento de vídeos na internet que é propriedade da Google, uma empresa multinacional de serviços online e software dos Estados Unidos. Nessa plataforma o exercício da liberdade de expressão ocorre cotidianamente de maneiras diferentes, seja por vídeo, músicas ou comentários.

No processo n. 0055526-17.2018.8.19.00001, tendo o deputado federal Jean Wyllys como autor, houve a alegação que em 2015 foi publicado no YouTube por Nando Moura, em seu canal de vídeos na rede social que conta com milhões de seguidores, vídeo com montagem de manifestações públicas do deputado federal, imagens que continha cenas de criança dançando em meio de adultos e declarações do autor do vídeo em que imputavam ao autor da ação senão a prática, ao menos o apoio ao crime de pedofilia. Porém, Nando Moura, o réu da ação, contestou as alegações a ele imputado sobre a prerrogativa que não teria vinculação da parte autora à prática do crime de pedofilia e que teria agido no limite da liberdade de expressão, pois formulou mera crítica.

Com o decorrer da ação e sua sentença, foi apurado que ocorreu o induzimento do espectador a acreditar que Jean Wyllys apoiava o crime de pedofilia, com um suposto encadeamento lógico. Além disso, percebeu-se o conflito de valores constitucionais entre o direito a imagem do autor e a liberdade de expressão do réu, porém foi configurado abuso de direito à liberdade de expressão no momento em que passou a ser utilizada para atribuir a terceiro, sem provas, conduta de repercussão social negativa.

Há quem faça interpretação no sentido de que o direito à liberdade de expressão compreende a extensão e os limites em que as palavras ou outras formas de manifestação possam ser francamente expressadas, sem qualquer censura ou punição de outra ordem, portanto, outros interesses contrários teriam que se curvar diante daquele. (MARCACINI, 2016)

Porém, com base na decisão do caso citado, se entende que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, ela possui limites quando desagrada. Apesar de ser base do sistema de liberdades, autonomia e instituição políticas, não se afasta constitucionalmente a responsabilidade e o controle da expressão, sua regulação e a eventual responsabilidade do falante ou expositor de opinião que ofende terceiro. (ARAÚJO, 2017)

No que se diz respeito ao direito à privacidade na internet, a Lei n. 12.965/14, conhecido como Marco Civil da Internet de 2014, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres estabelecidos para o uso da internet no Brasil, prevendo expressamente em seu artigo 8º a aderência do direito à privacidade à inclusão digital. Com a previsão expressa, esse direito fundamental é considerado condição essencial para o pleno exercício do direito de acesso à internet, ou seja, o campo de abrangência do direito à privacidade recai sobre os usuários do ambiente virtual.

Em conformidade com o delineado anteriormente, os preceitos constitucionais sobre o direito à privacidade foram reafirmados e estendidos pelo Marco Civil para internet, servindo como orientação no uso do ambiente virtual no Brasil. Devido a essa ampliação, se tem a proteção à intimidade e vida privada, e conseqüentemente é devido a indenização por danos materiais e morais caso sejam violados. (MARCACINI, 2016)

O rol de fatos que podem ser considerados como violação a privacidade no ambiente virtual varia substancialmente em conformidade com a personalidade de

cada indivíduo da sociedade. Em determinados casos, usuários de redes sociais expõem por vontade própria fatos que seriam considerados integrantes da vida privada e quando compartilhados por terceiros não representa violação do direito à privacidade. Porém, em outra situação, ao considerar outra pessoa com personalidade diferente, que teve a exposição de fatos idênticos, em que não queria que tais fatos chegassem a conhecimento social e mesmo assim foram compartilhados por terceiros sem seu consentimento, pode haver a interpretação de que seu direito à privacidade foi violado. (MARCACINI, 2016)

Um caso em que envolveu a violação do direito à privacidade foi quando ocorreu a publicação no YouTube de um vídeo com cenas íntimas da apresentadora Daniela Cicarelli com Renato Malzoni em uma praia na Espanha. O vídeo foi gravado e divulgado sem o consentimento do casal, ensejando posteriormente em ação com a fundamentação em violação do direito à privacidade e danos à imagem. (SILVA, 2012)

No decorrer dessa ação, com a instauração de recurso para a remoção das imagens da plataforma, houve a distribuição para a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi nomeado como relator o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, que concedeu o pedido, determinando à empresa retirar o vídeo da plataforma. Porém, devido a facilidade de acesso ao vídeo e compartilhamento do conteúdo no ambiente virtual, gerou-se um desafio para a empresa, pois outros usuários replicaram a gravação e repostaram com diversas contas dificultando a remoção.

Assim, posteriormente devido ao não cumprimento da decisão judicial pela empresa, o desembargador determinou que a plataforma de vídeo deveria tomar providências com a colocação de filtros impedindo o acesso as imagens do casal no território nacional. No entanto, ocorreu o fechamento completo do sinal de acesso a plataforma, devido a impossibilidade técnica de a decisão judicial ser cumprida, então medida foi adotada no sentido de bloquear o acesso ao vídeo de filmagens do casal, desde que possível na área técnica, sem que fosse necessário a retirada completa do acesso ao site.

Em decorrência da divulgação do vídeo e com a instauração da ação contra o Google, e futuramente com a chegada ao final do processo, foi proferido sentença fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis, de acordo

com o Agravo de Instrumento n. 488.184-4/3. No agravo citado, se tem o entendimento que cenas de sexo gravada é resguardada por uma esfera íntima que goza de proteção absoluta, mesmo que um dos filmados tenha notoriedade na sociedade, pois não é tolerado a invasão a intimidade de artista ou apresentadoras de TV.

Deste julgado, percebeu-se que a punição direta ao provedor do serviço não é tão eficaz quanto deveria, pois mesmo que a empresa remova e combata esse tipo de atitude, se torna um desafio por causa da quantidade de usuários que repostam. Além do mais, gera revolta pelas pessoas que usam e trabalham nessa plataforma pois são impossibilitadas de ter acesso ao site, sendo prejudicadas mesmo não estando envolvidas nesse conflito.

Se tem a característica de excepcionalidade da decisão do conflito em questão, pois conforme o Marco Civil da Internet em seu artigo 18, a responsabilidade deve recair sobre o autor que pratica o ato de publicação de conteúdo ofensivo ou ilícito, não sendo o provedor responsabilizado civilmente por algo que foi postado por terceiro que tenha causado danos. O provedor pode ser responsabilizado somente quando existe uma ordem judicial específica informando que o conteúdo é ilícito e por isso deve ser removido, e seja demonstrado que não tomou providências para removê-lo, nos limites técnicos do seu serviço. (GONÇALVES, 2017)

Dependendo da situação e características do caso concreto, a divulgação de informações que dizem respeito a privacidade de terceiros pode ser considerada como aceitável ou abusiva. Assim, no caso concreto narrado, apesar de Daniela Cicarelli ser considerada uma atriz e devido a isso atrair atenção de fotógrafos da mídia, houve uma violação da barreira estabelecida ao direito à privacidade. (MENDES, 2015)

6 CONCLUSÃO

O Presente trabalho buscou elucidar sobre questões que envolvem os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 na internet, com foco no direito à privacidade e direito à liberdade de expressão, que com decorrer dos anos vem progressivamente sendo violados.

A priori, foi realizada uma análise sobre a história do computador e internet, dando foco a suas origens, sendo demonstrado que em princípio a criação dos mesmos tinha o intuito de facilitar os trabalhos que necessitavam de cálculos e a troca de informações de forma mais eficaz entre localidades distantes. Posteriormente, devido

a sua eficácia que ultrapassou as expectativas existentes, com o decorrer dos anos e sua expansão, passou-se a ter usuários que usufruem desse sistema pelo mundo.

Esse cenário possibilitou o surgimento de novas estruturas decorrentes do desenvolvimento tecnológico, seja afetando o setor educacional por meio do implemento da possibilidade de alunos terem aulas a distância, regulamentadas pelo Decreto n. 9.057/2017. Com a criação e informatização do processo judicial eletrônico, regulamentado pela Lei n. 11.419/2016. Ou até mesmo o surgimento da possibilidade do exercício do trabalho pela modalidade a distância, em que o empregado trabalha para o empregador de sua própria casa ou local com internet, regulada pela Lei n. 13.467/2017.

Em um passo seguinte, o estudo concentrou-se em deliberar acerca dos princípios fundamentais respaldados pela Constituição Federal de 1988, com ênfase na liberdade de expressão e privacidade. A liberdade de expressão foca-se na possibilidade de expressar para o meio exterior ideias ou o que se pensa sobre determinados fatos. O direito à privacidade se resguarda na possibilidade de proteger ou omitir informações sobre a própria vida, administrando da forma que queira. Porém, ambos os direitos devem respeitar os limites delineados e previsto em lei.

Mais adiante, foi demonstrado que apesar da boa intenção no momento da criação da internet, em contrapartida se deu espaço para o surgimento de uma nova modalidade de crimes, os crimes virtuais. Condutas essas, que são praticadas por indivíduos mal-intencionados que buscam enganar ou ofender os demais usuários, seja por meio de roubos de dados privados ou até mesmo por meio de ataques para denigrir a imagem. Esses crimes passaram a ser normatizados por legislações como a Lei n. 12.737 e a Lei n. 12.965, sendo a segunda conhecida como Marco Civil da Internet, passando assim a ter uma normatização sobre as relações sociais entre os usuários no ambiente virtual, visando o respaldo dos direitos dos usuários de internet.

Desse modo, tratou-se, em momento posterior, de casos concretos em que houve a violação do direito à liberdade de expressão e violação do direito à privacidade, para melhor elucidação, um caso em que envolveu Jean Wyllys e em outro Daniela Cicarelli. No primeiro caso ocorreu a ultrapassagem dos limites a liberdade de expressão que acabaram por causar danos à imagem com cabimento de indenização por danos morais em favor do Deputado Federal Jean Wyllys. No segundo caso, houve a violação do direito à privacidade, causando danos a imagens em que também foi

cabível indenização por danos morais em favor de Daniela Cicarelli.

Diante do Vislumbre desses casos, concluiu-se que os direitos respectivos a liberdade de expressão e o direito à privacidade são essencialmente importantes para o exercício do direito no ambiente virtual e para a proteção da integridade, tanto de dados como da própria imagem. Além do mais ficou evidenciado que existe um desafio quanto a identificação dos usuários que cometem os delitos e se excedem na rede mundial de computadores, porém, apesar disso, não significa que é impossível a localização destes para que recebam as devidas punições.

Ademais, quando os direitos explicitados no texto constitucional referentes a liberdade de expressão e direito à privacidade dos indivíduos forem violados, será possível o pedido indenizatório caso causem danos a honra ou imagem de terceiro. Devendo haver a devida percepção dos usuários da internet no momento da tomada de qualquer atitude no ambiente virtual, fazendo-se necessário uma análise e reflexão previa a postagem ou proliferação de opinião que possa no futuro prejudicar outros indivíduos que utilizam o mesmo ambiente virtual.

Por fim, percebe-se que se faz necessário a criação de regulamentações, pelo Estado, sobre os atos tomados nesse ambiente moderno, mas que já gera situações problemáticas, para que se tenha o controle das condutas praticadas entre os usuários que utilizam o ambiente virtual, com o estabelecimento de medidas para punição daqueles que ultrapassam os limites estabelecidos, como a transgressão da liberdade de expressão e privacidade. Além do mais, apesar da criação dessas legislações, existe a necessidade de maior compreensão da população para eficácia das mesmas, pois, apesar do pequeno número de legislações já existentes, esses delitos continuam ocorrendo cotidianamente, sendo primordial para sua efetividade uma educação social, para que haja a conscientização dos usuários dos limites a serem cumpridos e orientações para não serem vítimas de crimes no ambiente virtual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de expressão**. [S.l.: s.m.], 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**: Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**: Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 04 nov. 2018.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (CETIC). **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros**. 2017. Disponível em: <<https://www.cetic.br/tics/domicilios/2017/domicilios/A4/>>. Acesso em: 07 de nov. 2018.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (CETIC). **Estatísticas dos incides reportados ao Cert.br**. 2017. Disponível em: <<https://www.cert.br/stats/incidentes/l>>. Acesso em: 07 de nov. 2018.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: Atlas, 2017.

LEFFLER, Melvyn P. **Origins of the cold war: an international history**. 2. Ed. Nova Iorque: Routledge, 2005.

MARCACINI, Augusto. **Aspectos fundamentais do marco civil da internet: Lei nº 12.965/2014**. São Paulo: Edição do autor, 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALES, Cleber. **Curso de introdução ao processo judicial eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Direito_do_Trabalho____Cleber_Sales.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO (TJRJ). **Processo n. 0055526-17.2018.8.19.0001**. 06 jun. 2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/numeracaoUnica/faces/index.jsp?numProcesso=0055526-17.2018.8.19.0001>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP). **Apelação n. 556.090.4/4-00**. 12 jun. 2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=556.090.4%2F4-00&nuRegistro=>>>.

WENDT, Emerson.; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes cibernéticos: Ameaças e procedimentos de investigação**. 2. ed. Rio de Janeiro: BRASPORT, 2013.

EXPERIMENTOS CIENTIFICOS COM ANIMAIS E SEUS ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS

Daiara Garcia¹

Walber Cunha Lima²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal fazer uma análise histórica da experimentação científica com animais, abordando a bioética e biodireito como áreas do conhecimento no que compete a inibição dos experimentos cruéis, além de apreciar o tratamento dado pelo ordenamento jurídico ambiental acerca da problemática envolvida, bem como sua utilização em pesquisas, com o intuito de demonstrar a crueldade a que estes animais são submetidos diariamente.

Palavras-Chave: experimentação científica. Ordenamento jurídico ambiental. Biodireito. Bioética.

EXPERIMENTOS CIENTIFICOS CON ANIMALES Y SUS ASPECTOS BIOÉTICOS Y JURÍDICOS

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo principal hacer un análisis histórico de la experimentación científica con animales, abordando la bioética y el biodirecto como área del conocimiento para que ocurra la inhibición de los experimentos crueles, además de apreciar el tratamiento dado por el ordenamiento jurídico ambiental acerca de la problemática involucrada, así como su utilización en investigaciones, con el propósito de demostrar la crueldad a que estos animales son sometidos diariamente.

Palabras clave: Experimentación científica. Ordenamiento jurídico ambiental. Bioderecho. Bioética.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. Email: daiara.g@hotmail.com

² Professor Orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br

1 INTRODUÇÃO

As discussões que concernem no debate sobre a experimentação animal encontram-se em constantes mudanças derivadas dos avanços científicos e tecnológicos. Nesse âmbito, as reivindicações quanto ao uso de animais em pesquisas científicas vem se tornando cada vez mais presentes na sociedade.

Incontáveis animais são sacrificados em laboratórios para uso em aulas, pesquisas e testes, e geralmente os experimentos são realizados sem anestésicos. Além de passar por procedimentos dolorosos, os animais também sofrem com as condições artificiais em que vivem nos laboratórios, onde raramente entra a luz do sol, convivendo com a falta de espaço, com o confinamento, e com a falta de contato e estímulos ambientais.

Especificamente acerca da utilização de animais em pesquisas, vários deles acabam morrendo, seja como resultado do experimento ou mesmo sendo deliberadamente mortos e seus cadáveres examinados.

Desta feita, inicialmente será feita uma abordagem sobre a historicidade, analisando as leis que visam à proteção da vida animal. Serão analisados os principais testes realizados em animais, assim como métodos alternativos existentes no mercado.

Trata-se de uma pesquisa na qual foi aplicado o método de abordagem dedutivo, tendo em vista que a problemática engloba aspectos sociais e morais, além do direito. Os métodos de procedimentos utilizados é o chamado comparativo, onde se faz um direito análogo entre os países que usam métodos alternativos e o Brasil.

Nesse sentido, a primeira lei a regulamentar o uso de animais em pesquisa foi proposta no Reino Unido, em 1876, sendo atualizada, passando a chamar-se Animals (Scientific Procedures) Act 1986³. No Brasil, a Lei nº 11.794, de 08 de outubro de 2008, permite a criação e a utilização de animais em pesquisas e atividades educacionais. Essa mesma lei estabelece as condições em que esses animais devem ser criados e utilizados, medida que tenta evitar maus-tratos e o uso de instalações inadequada.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo fazer uma análise histórica da experimentação científica com animais, abordando a bioética e biodireito como áreas do conhecimento no que diz respeito à inibição dos experimentos cruéis, além de apreciar o

³ Lei de Animais (Procedimentos Científicos) de 1986.

tratamento dado pelo ordenamento jurídico ambiental acerca da problemática envolvida, bem como sua utilização em pesquisas, com o intuito de demonstrar a crueldade a que estes animais são submetidos diariamente.

2 ASPECTOS BOÉTICOS

2.1 ORIGEM E CONCEITO

A bioética como área do conhecimento transdisciplinar investiga todas as condições necessárias para esclarecer questões éticas dentro da medicina e da biologia. A bioética é chamada também de “ética prática”, que visa responder conflitos e controvérsias morais implicados pelas práticas no âmbito das Ciências da Vida e da Saúde (CREMERJ, 2006).

A expressão “bioética” foi usada pela primeira vez por Fritz Jahr em 1927, o mesmo “caracterizou a bioética como sendo o reconhecimento de obrigações éticas, não apenas com relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos” (JAHR *apud* GOLDIM, 2006, p. 86).

O bioquímico norte-americano Van Rensselaer Potter propôs o neologismo “*bioethis*” que configuraria uma “ciência da sobrevivência”, resultado da junção da “bios” (vida) e “ethos” retratado pela “ética”, sendo assim, o conhecimento biológico a ciência dos sistemas vivos e o conhecimento dos valores humanos. Deste modo, Potter apresenta a bioética como uma ponte entre a ciência biológica e a ética (POTTER *apud* PESSINI, 2013, p. 10).

3 PENSAMENTO HISTÓRICO EM DETRIMENTO AOS ANIMAIS

Há muitos séculos, o homem mantém uma relação próxima aos animais, segundo Dias, (2000 *apud* BARROS, 2018, p. 5), essa relação era “ligada principalmente à sua subsistência, sendo uma relação em que o homem toma para si atitudes generalizadas de superioridade, porém esta relação vem variando ao longo dos séculos”. Para Platão (428-348 a.C.), “todo ser vivo é dotado de alma, as quais se movem e são capazes de se comunicar uma com as outras e acredita que a forma não verbal em que a natureza dotou os animais era a adequada da época.” (DIAS, 2000 *apud* BARROS, 2018, p.5).

Em vista disso, a experimentação animal pode ser compreendida como uma intervenção em animais vivos ou recém-abatidos com o desígnio de beneficiar o conhecimento científico. A utilização de animais em experimentos científicos vem sendo desenvolvido desde a Antiguidade que remota aos tempos em que ciência e religião ainda eram análogas. Ocorre que os animais sempre foram utilizados pela Medicina como o único meio capaz de conhecer o corpo humano. Dessa forma, atualmente com o avanço da tecnologia e a evolução científica, os animais continuam sofrendo demasiadamente (GUIMARÃES; FREIRE; MENEZES, 2016).

O filósofo Aristóteles (384-322 a.C.) teve sua fiel contribuição, no que corresponde a sua filosofia quanto às descrições anatômicas por ele apresentadas, ademais, foi atribuída ao filósofo a criação da Anatomia Comparada (TALAMONI, 2014, p.24)

Naquela época alguns relatos sobre o desenvolvimento da biologia manifestaram-se, com isso, um dos primeiros testemunhos históricos deu-se por Hipócrates (550 a.C.), conhecido como o “Pai da Medicina Ocidental”, que relacionou os aspectos de órgãos humanos doentes com os de animais para fins didáticos, através da dissecação (RAYMUNDO; GOLDIN, 2002 *apud* STEFANELLI, 2011, p. 189).

Posteriormente, acredita-se que o filósofo Cláudio Galeno (129-210 d. C), em Roma, foi o primeiro a realizar a técnica de vivisseção⁴ para objetivos experimentais, com o intuito de experimentar o comportamento e as alterações provocados nos animais (GREIF; TRÉZ, 2000 *apud* STEFANELLI, 2011, p. 189).

Outrossim, Galeno transformou o porão da sua casa em um laboratório privado, local onde realiza suas pesquisas, em vista disso, sua esposa foi a primeira mulher a fundar uma sociedade de proteção dos animais na França (BAUAB LEVAI, 2001 *apud* STEFANELLI, 2011, p. 189)

Nesse sentido, o antropocentrismo ganhou impulso, visto que agora o ser humano é posto no centro, consolidando a tese que a investigação científica seria pela experimentação animal. O filósofo René Descartes, no século XVII, ao postular que o pensamento e a sensibilidade faziam parte da alma, corroborou e legitimou a utilização de animais em pesquisas científicas e em seu conhecimento os animais não possuíam

⁴ O termo “vivisseção” literalmente significa “cortar (um animal) vivo”, mas é aplicado genericamente a qualquer forma de experimentação animal que implique em intervenção com vistas a observar um fenômeno, alteração fisiológica ou estudo anatômico. (GREIF; TRÉZ, 2000)

alma, não seriam capazes de sentir dor (CRUZ, 2014, p. 30).

Segundo Rocha (2004, p. 354), afirma ainda que a tese postulada por Descartes é baseada na impossibilidade de atribuição de sensações aos animais e, portanto, o animal não possui o segundo e o terceiro grau de sensação, ou seja, a consciência e o juízo que envolve a sensação no que diz respeito ao sofrimento são negados, mas, o primeiro grau de sensação, que envolve apenas estímulos e movimentos corpóreos e uma provável expressão não são negados. Logo, Descartes declara que:

[...] aqueles que me objetam afirmam que não acreditam que o modo como os animais funcionam possa ser explicado por meios mecânicos sem recurso a qualquer sensação, vida ou alma. Tomo isso como querendo dizer sem recurso a pensamento; pois aceito que os animais têm o que comumente se chama de "vida" e uma alma corpórea e sensação orgânica (DESCARTES *apud* ROCHA, 2004, p. 354).

Portanto, Descartes corrobora com a tese de que é factível elucidar o comportamento do animal por conformidade ao comportamento do corpo humano, tendo em vista que “pode ser explicado por analogia ao funcionamento de uma máquina complexa o bastante que torne possível a imitação de certo tipo de comportamento humano (DESCARTES *apud* ROCHA, 2004, p. 354)”. Dessa maneira, é provável que as ideologias de René Descartes “sobre as diferenças entre os homens e os animais tenham influenciado os cientistas do século XVII a realizarem seus experimentos sem questionar o uso de animais (RAYMUNDO; GOLDIN, 2002, p. 37)”.

De acordo com Raymundo; Goldin (2002, *apud* STEFANELLI, 2011, p, 189), diversos outros historiadores buscavam o conhecimento científico, o médico britânico Willian Harvey, em 1638, em seus experimentos descreveu o sistema circulatório do sangue animal, assim como na Espanha o médico árabe Ibn Zuhr, em 1700, utilizou como recurso a experimentação animal para testar procedimentos cirúrgicos antes de aplicá-los em humanos, dentre outros⁵.

Posteriormente, o cientista James Ferguson (1710-1776) foi o precursor em buscar métodos alternativos quanto a utilização de animais em experimentos científicos. Em suas pesquisas utilizava-se para as simulações, balões (RYDER, 1989 *apud* PAIXÃO, 2001, p. 19). Com isso, alguns notáveis nomes, também foram a favor de usar meios

⁵ FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (Fiocruz), Ministério da Saúde, Brasil. **Linha do tempo: breve histórico da prática no Brasil e no mundo.** Disponível em: <<https://agencia.fiocruz.br/linha-do-tempo-breve-hist%C3%B3rico-da-pr%C3%A1tica-no-brasil-e-no-mundo>>. Acesso em 10 Nov. 2018.

alternativos, declarando assim, que os animais percebiam de intenso sofrimento.

No século XIX, o pioneiro nas experimentações que evidencia esse século foi François Magendie⁶ que considerava o animal um ser que não sentia dor, ou seja, não levava em consideração o sofrimento animal, já que eram vistos como máquinas, logo, as pesquisas manifestaram-se método científico (PAIXÃO 2001, p. 17).

Ainda no mesmo século, na Inglaterra, surgiram as primeiras sociedades protetoras dos animais, sendo a pioneira, Society for the Prevention of Cruelty to Animals (SPCA), criada em 1824, com intuito de evitar o abuso de cavalos de carruagem, tendo em vista que os cavalos eram levados por invernos rigorosos e verões quentes, geralmente com pouca comida, água ou descanso. A SPCA colaborou com a aprovação de leis e com isso expandiu-se para a inclusão de cães e outros animais em sua luta contra crueldade, assim, a primeira SPCA, surgiu na América, em Nova York, conhecida como The American Society for the Prevention of Cruelty to Animals⁷, ano de 1866⁸.

A sociedade americana foi fundada 1866 por Henry Bergh, tratando-se de uma corporação sem fins lucrativos, e tem como objetivo a crença de que os animais têm direito a tratamento gentil e respeitoso nas mãos dos seres humanos e devem ser protegidos por lei⁹.

A primeira lei a regulamentar o uso de animais em pesquisa foi intitulada The Cruelty to Animal Act, 39 & 40 Vict. Ch. 77¹⁰ proposta em 1876, também na Inglaterra, sendo a referida Lei atualizada, passando a se chamar Animals (Scientific Procedures) Act 1986¹¹, preservando o corpo doutrinário (RAYMUNDO; GOLDIM, 2002, p. 34).

A legislação Animals (Scientific Procedures) Act, traz o seguinte entendimento:

Esta lei regulamenta o uso de animais protegidos em qualquer procedimento experimental ou outro procedimento científico que possa causar dor, sofrimento, angústia ou danos permanentes ao animal. Animais protegidos sob

⁶ Nomeado professor de medicina no Collège de France, Paris (1831). Os editores da Enciclopédia Britânica (org.). François Magendie. Encyclopedia Britannica, inc. Outubro 03, 2018. Disponível em <<https://www.britannica.com/biography/Francois-Magendie>>. Acesso em: 12 de nov. 2018.

⁷ Sociedade Americana para a Prevenção de Crueldade a Animais

⁸ SPCA - sociedade para a Prevenção da Crueldade contra os Animais. **Nossa história, 1824**. Disponível em: <<https://www.spcai.org/about-spcai/our-history/>> Acesso em: 12 nov. 2018

⁹ ASPCA - The American Society for the Prevention of Cruelty to Animals, **We Are Their Voice, 1866**. Disponível em: <<https://www.aspc.org/>>. Acesso em: 17 set de 2018.

¹⁰ Tradutor: Crueldade ao Animal Act. Cruelty to Animals [39 & 40 Vict. Ch.77.]. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1876/77/pdfs/ukpga_18760077_en.pdf> Acesso em: 12 de Nov. 2018.

¹¹ Lei de Animais (Procedimentos Científicos) de 1986.

a Lei são veteranos vivos que não o homem e qualquer cefalópode vivo
É um princípio subjacente da Lei de Animais (Procedimentos Científicos) de 1986 que os animais criados, fornecidos e utilizados para procedimentos científicos sejam tratados de acordo com os melhores padrões da pecuária moderna (BRITISH, 1986).

Portanto, esta lei estabelece novas obrigações para a proteção de animais que tem como fim seu uso em experimentos ou outros fins científicos¹²

Durante a segunda Guerra Mundial, os animais eram usados como recurso militar, devido às explosões, armas químicas e outras armas usadas durante a guerra, posto que fossem alvos de soldados, pelo fato de transportarem bomba para o território inimigo, muitos acabavam morrendo, outros sofriam ferimentos permanentes e graves, como perda de membros ou ferimentos internos causados por armas. Vale salientar que também eram explorados para fins de pesquisa militar, ou seja, eram testadas no animal vivo, novas armas, na ocasião, analisavam-se o comportamento, no que diz respeito à resistência causada pelo ferimento e em experiências cirúrgicas feitas por médicos militares a fim de explorar a atuação dos ferimentos provocados por armas¹³

O direito dos animais ganhou força e notoriedade mundial no momento em que houve a promulgação pela UNESCO, em sessão realizada em Bruxelas – Bélgica, em 1978, da Declaração Universal dos Direitos dos Animais (1978). Seu artigo 8º prevê que:

1. A experimentação animal que implique sofrimento físico ou psicológico é incompatível com os direitos do animal, quer se trate de uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer que seja a forma de experimentação.
2. As técnicas de substituição devem de ser utilizadas e desenvolvidas.

Por consequência, no ano de 1979 foi publicada no Brasil a Lei nº 6.638, que estabeleceu as Normas para a Prática Didática-Científica da Vivisseção de Animais, que posteriormente fora revogado pela Lei nº 11.794, 8 de outubro de 2008, a qual estabelece que as pesquisas devam ser realizadas dentro o critério de não causar sofrimento ao animal. O artigo 15º do referido diploma legislativo alude à seguinte questão:

¹² Versão consolidada da ASPA 1986. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/consolidated-version-of-aspa-1986>> Acesso em 13 nov. 2018.

¹³ **Ética Animal.** Uso militar de animais. Disponível em: <<http://www.animal-ethics.org/exploracao-animal/animais-trabalhadores-introducao/uso-militar-de-animais/>>. Acesso em 16 de out. 2018.

Art. 15. O CONCEA¹⁴, levando em conta a relação entre o nível de sofrimento para o animal e os resultados práticos que se esperam obter, poderá restringir ou proibir experimentos que importem em elevado grau de agressão. (BRASIL, 2008)

Com base nisso, durante a década de 80, inúmeros movimentos foram criados em desacordo com o uso de animais em pesquisas, principalmente nos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Austrália. Mas, somente nos Estados Unidos, foram feitos mais de 29 ataques a instituições de pesquisa, sendo então, mais de 2.000 animais roubados, resultando num prejuízo de mais de 7 milhões de dólares em danos físicos (FEIJÓ; DE MACEDO BRAGA; PITREZ, 2010 *apud* RAYMUNDO, 2010, cap 3, p.43.)

4 A EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL NO BRASIL

No Brasil, a UIPA - União Internacional Protetora dos Animais, fundada por Ignácio Wallace da Gama Cochrane, em 1895, é considerada a ONG mais antiga no Brasil, o objetivo é a luta contra o abandono e a crueldade que vitimam os animais¹⁵.

A lei Brasileira aplicada à prática de uso dos animais em experimentos é a Lei. 11.794 de 08 de outubro de 2008, conhecida como Lei Arouca, que teve “O Projeto elaborado em 1995 e a lei aprovada em 2008. A Lei Arouca é assim conhecida em homenagem ao autor do seu esboço, Sérgio Arouca, que foi pesquisador da FIOCRUZ e deputado federal”, e que segue a teoria dos 3R's (*replacement, reduction e refinement*, será explicado em detalhes mais adiante), como disposto pelo biólogo Tréz, privilegiando Refinamento (*apud* CRUZ, 2014, p. 42).

No ano de 1998 foi sancionada no Brasil, a Lei nº 9.605 de Crimes Ambientais, especificamente no capítulo V, Seção I, art. 32 onde implica-se em detenção “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados,

¹⁴ O Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal – CONCEA, órgão integrante da estrutura do Ministério da Ciência e Tecnologia, é instância colegiada multidisciplinar de caráter normativo, consultivo, deliberativo e recursal, para coordenar os procedimentos de uso científico de animais. BRASIL. **Decreto n. 6.899, de 15 de julho de 2009.** Dispõe sobre a composição do Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal - CONCEA, estabelece as normas para o seu funcionamento e de sua Secretaria-Executiva, cria o Cadastro das Instituições de Uso Científico de Animais – CIUCA, mediante a regulamentação da Lei no 11.794, de 08 de outubro de 2008, que dispõe sobre procedimentos para o uso científico de animais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6899.htm> Acesso em: 09 Nov 2018.

¹⁵ UIPA – UNIÃO INTERNACIONAL PROTETORA DOS ANIMAIS. A UIPA é a **ONG mais antiga do Brasil**, 1895. Disponível em: <http://www.uipa.org.br/historia/>. Acesso em: 17 de setembro de 2018

nativos ou exóticos”. No paragrafo primeiro e segunda dessa mesma lei, é exposto:

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, 1998).

A lei anteriormente mencionada ao entrar em vigor traz em seu escopo a necessidade dos pesquisadores se adequem aos métodos utilizados, buscando a possibilidade de utilizar métodos alternativos previamente quanto ao uso de animais. O art. 32 da Lei De Crimes Ambientais declara que

Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, 1998)

Importa observar que a norma acima transcrita não se limitou a categorizar apenas a prática de maus-tratos, mas também os atos de abuso, de ferir e de mutilar animais, instituindo quatro figuras típicas¹⁶.

Na concepção de Cruz, (2014, p 50), a lei mencionada deixa em evidência que ao realizar a experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos “sempre será uma prática criminosa quando existirem recursos alternativos, sendo certo o aumento da pena se ocorrer à morte do animal.”.

Portanto, as leis mencionadas neste capítulo trazem uma importante inovação no ordenamento jurídico brasileiro no que concerne a proteção contra crueldade com os animais. Visto isso, o próximo capítulo mostrará como essas leis podem ser melhor aplicadas junto à bioética e biodireito.

¹⁶ ORLANDI, Vanice Teixeira. Abuso e maus-tratos. Abuso e Maus-tratos com animais: Omissão e Desacertos do Poder Público. **UIPA- união Internacional Protetora dos animais**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.uipa.org.br/sobre/>> Acesso em: 13 de nov. 2018.

5 O PAPEL DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO NAS EXPERIMENTAÇÕES CIENTÍFICAS EM ANIMAIS

Danielle Maria Machado Ribeiro Azevedo (2006, p.129) propõe que para o criador do neologismo Bioética, Van Rensselaer Potter em 1971, o termo bioética deve definir uma nova ciência ética que combina humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural e que potencializa o senso de humanidade.

Nesse sentido, Potter (apud AZEVÊDO, 2006, p. 129) Defende que a Bioética seria uma ponte para o futuro ou, como ele próprio sugere, uma ponte entre as ciências biológicas e os valores morais democratizando o conhecimento científico e trabalhando em prol da sobrevivência ecológica do Planeta Terra. Para Azevedo, (2006, p. 130):

Na década de 1970, o debate sobre as considerações éticas envolvendo a utilização de animais cresceu de forma acentuada, sendo marcado por publicações polêmicas como o livro *Animal Liberation* de Peter Singer, em 1975, considerado pelos ativistas em direito dos animais uma bíblia. Acompanhando essa tendência, a mentalidade da sociedade tem-se modificando bastante no que concerne à utilização de animais em experimentação científica. Felizmente, ainda na década de 1970, sob a influencia do movimento que determinou o surgimento da Bioética como ciência, os debates sobre o bem-estar animal e Bioética na relação entre humanos e animais tiveram início. Em 1981, foram criadas ou revisadas leis de regulamentação da utilização de animais em pesquisas em muitos países.

Por outro lado, Parise (2011, p.2) define que ao Biodireito é “o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina”. Dessa forma, o biodireito surgiu a partir de fontes específicas como na Bioética, como já mencionado anteriormente.

Ademais, Lima (2012, p. 10), defende que “o Biodireito surge, portanto, com um novo campo de atuação jurídica cujo foco é disciplinar, através de um conjunto de normas esparsas e específicas as ações decorrentes dos avanços biotecnológicos”.

Os avanços científicos do mundo contemporâneo possuem uma grande repercussão social, levando problemas de difícil solução, abrangendo muitas polêmicas, o que desafia o entendimento dos juristas demandando a elaboração de normas que tragam objeções e abram caminhos satisfatórios, atendendo às novas necessidades levantadas (DINIZ, 2014, p. 31).

Dessa forma, Diniz (2014, p. 31) menciona que “como o direito não pode furta-

se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o biodireito, estudo jurídico que tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida como objeto principal”, tendo em vista que a veracidade científica não poderá apor à ética e ao direito.

Nessa perspectiva, a atuação jurídica quanto à experimentação no Brasil pode ser encontrada no Decreto nº 6.899/2009, onde Cruz (2014, p. 50) alude que o “Decreto nº 6.899/2009 em seu art. 2º afirma trazer fixações além do já definido pela Lei Arouca¹⁷ e no inciso II decide conceituar métodos alternativos”. São empregadas em um rol as possibilidades de: “a) não utilizem animais; b) usem espécies de ordens inferiores; c) empreguem menor número de animais; d) utilizem sistemas orgânicos ex vivos; ou e) diminuam ou eliminem o desconforto;”

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais, já mencionada anteriormente, para Cardozo e Vicente (2007 *apud* SEIXAS et al. 2010, p. 77), é relatada que:

Considerando-se a abrangência mundial de uma organização como a UNESCO, de cunho cultural, científico e educacional, é notável a adoção dessa nova filosofia sobre os direitos dos animais, ao reconhecer o valor da vida de cada ser e propor uma conduta humana ética desprovida de especismo.

Ainda do ponto de vista histórico, Machado et. al. (2004 *apud* Seixas (et. al. 2010, P. 77), aduz que mesmo a Declaração Universal dos Direitos dos Animais induz ao uso de técnicas alternativas e não há previsão de medidas sancionatórias, nem mesmo em caso de reincidência.

Ademais, “o presidente Getúlio Vargas, em 1934, promulgou decreto com medidas para a proteção aos animais. Em 1941, houve a proibição de crueldade contra animais, através da Lei de Contravenções Penais.” (MACHADO et al., 2004 *apud* SEIXAS et. al. 2010, p. 77).

Nesse viés, Machado et al. (2004 *apud* CRUZ, 2014, p 78), aponta que

A partir da Constituição de 1988, houve um avanço considerável da legislação brasileira, já que “não deixou o legislador constituinte de abarcar para si a defesa e controle do que vem a ser hoje a grande questão do Direito positivo mundial: a proteção ao meio ambiente.

¹⁷ Lei. 11.794 de 08 de outubro de 2018 que regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais;

Dessa maneira, na Constituição Federal de 1988 no capítulo VI – Do meio ambiente, art. 225, *caput*, refere-se ao direito, em caráter holístico, “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida (...)” (BRASIL, 1988). Entretanto o inciso VII do § 1º define que o Poder Público e a coletividade têm o dever de proteger a fauna e a flora, sendo vedadas, nos moldes da lei, as práticas que coloquem em risco a sua função ecológica e provoquem a extinção de espécies ou que submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988). Contudo, a Carta Magna menciona a preocupação em proteger o direito animal, no tocante ao tratamento cruel em que os animais são submetidos.

Na concepção de Bechara (apud CRUZ, 2014, p73) “toda e qualquer utilização da fauna deverá ser pautada por um critério de racionalidade e sustentabilidade”, sendo assim:

De modo a proteger o equilíbrio dos indivíduos em seus aspectos físicos e psíquicos, observando ainda que, caso se inflija sofrimento aos animais, isso deve ocorrer “apenas se este mal for absolutamente indispensável e inafastável [...] para que a prática não exceda os limites do absolutamente necessário”.

É válido salientar que para Flávio Martins¹⁸ “é atribuída a Leonardo da Vinci (1452-1519) a frase “haverá um dia em que os homens conhecerão o íntimo dos animais, e, nesse dia, um crime contra um animal será considerado um crime contra a humanidade””.

6 A BUSCA POR MEIOS ALTERNATIVOS DE EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL

Diante das questões apresentadas anteriormente, é notória a visibilidade dos animais em no que diz respeito a práticas cruéis praticadas contra eles, com isso, tem-se defendido seus direitos e integridade.

¹⁸ Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Damásio Educacional. JUNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. **Direito Animal - Expectativas Constitucionais**. 01 de jun. de 2017. Entrevista concedida ao Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-animal---expectativas-constitucionais/17619>> Acesso em: 14 de nov. 2018.

A teoria dos 3R's, segundo Cruz (2014, p. 29) foi demarcada pelos autores por Willian Russel e Rex Burch, em 1959, na obra *The Principles Of Humae Experimental Tcnhniq*¹⁹.

Sendo assim, far-se-á uma análise da teoria e sua relação com o bem estar animal.

A teoria dos 3 R's, para Cruz (2014, p.126) “estabelece que os animais utilizados nas pesquisas experimental devem receber tratamento humanitário”. Dessa forma, deve-se pensar numa forma de tratar o animal sem que esteja submetido a sofrimento. (*apud* HEANCIO; PAZÓ, 2014, p. 246)

Os 3 R's é tratado como *replacement, reduction e refinement*, que foram “traduzidos no Brasil como Substituição – substituir sempre que possível, o animal por outra técnica; Redução – reduzir o número de animais utilizados; e Refinamento – minimizar ou extinguir a dor e a angústia dos animais usados no experimento” (CRUZ, 2014, p.39). É notório que primeiramente busca-se a substituição dos animais usados em experimentos, caso não tenha êxito, a redução é o próximo passo, no caso, redução da quantidade de animais expostos e por fim o método do refinamento.

Na visão de Thales Tréz (*apud* CRUZ, 2014, p. 40), esse conceito chegou tardiamente no Brasil e a legislação brasileira escolheu privilegiar o Refinamento, dando mínima importância para a Substituição e a Redução, visto que os autores afirmam que o mais importante seria exatamente a substituição dos animais.

Sob outra perspectiva, Conn entende que a lei deve assegurar um tratamento minucioso aos animais envolvidos em procedimentos científicos, visto que o ser humano está obrigado apenas a impedir a dor e o sofrimento dos animais, e não trata-los como humanos (*apud* HEANCIO; PAZÓ, 2014). Ekaterina Rivera, conforme (*apud* CRUZ, 2014, p. 41) relata que:

Um estudo acerca da dor ocorrido no ano de 1980 e conta que um pesquisador realizou experimento com ratos, demonstrando que eles sentem dor e buscam aliviá-la. Para alcançar tal conclusão o pesquisador inoculou nos animais bactérias responsáveis pela artrite em humanos.

Ofereceu aos ratos água com analgésico de sabor desagradável e água adocicada de bom sabor, comumente aceita pelo roedor. Os ratos optaram pelo sabor desagradável, sinalizando que o faziam em razão do efeito do medicamento sobre a dor, tanto que, posteriormente, ao se recuperarem, passaram a escolher a água adocicada.

Será que o pensamento de René Descartes de ver o animal como máquina resiste tanto no tempo a ponto de ser necessário para esse pesquisador

¹⁹ Os Princípios Da Técnica Experimental Humana

demonstrar em 1980, que um animal sente dor e ao senti-la busca reduzir ou debelar seu sofrimento?

Assim, não é preciso colocar em andamento uma investigação acerca da dor para que os animais sejam expostos a situações de tormento. Tendo em vista que “eles são encarcerados e obrigados a adoecer – sejam as doenças infligidas intencionalmente ou não, conforme o interesse do pesquisador e depois são expostos a procedimentos muitas vezes dolorosos e angustiantes (...)” (FRANCIONE *apud* CRUZ, 2014, p. 42).

No entendimento de Cruz (2014, p. 42) “A saída dos vivisseccionistas é afirmar que estão agindo de acordo com a lei ou simplesmente com os princípios éticos dos 3R’s”, como foi citado anteriormente por Michael Conn.

Ekaterina Rivera (*apud* Cruz 2014, p. 43) compreende ser essencial “evitar ou aliviar a dor em animais de laboratório, não só devido aos aspectos éticos e humanitários, mas também para cumprir, quando existentes, com as leis nacionais de bem-estar animal”.

Segundo Griffin (*apud* CRUZ 2014. p. 45) as áreas de conhecimento em que estão concentradas as pesquisas com alto grau de dor e sofrimento “são as voltadas à pesquisa sobre o câncer, aos testes de toxicidade aguda, aos estudos de toxicidade crônica, de envelhecimento, da dor e de doenças infecciosas, vacinas etc.”

Em conclusão, pode-se considerar que a teoria buscou uma proposta por novas possibilidades, dado que primeiramente é tratada a substituição nos testes. Com isso, a teoria se relaciona com a discussão do bem-estar-animal, no que tange a sua utilização como fundamento para a busca de métodos alternativos de experimentação animal (HEANCIO; PAZÓ, 2014).

Relativamente sobre essa temática, Seixas (et al., 2010, p. 82) defende que os resultados encontrados pelas explorações são as seguintes:

O uso de animais muitas vezes gera resultados confusos, visto que a forma de criação pode levar a uma situação de estresse, havendo desequilíbrios físicos ou psíquicos, fazendo com que muitos professores terminem por explicar teoricamente o que deveria ter acontecido na prática.

Ademais, Denise Cantarelli Machado (*apud* CRUZ 2014. p. 49) assegura

Mesmo com animais geneticamente modificados, os quais recebem genes humanos, “seja do ponto de vista genômico, seja do ponto de vista fisiológico, a doença nunca será reproduzida exatamente como ocorre no homem”.

Em outras palavras, nenhum método científico ou modelo animal que receba genes humanos em seu organismo trará as respostas que se buscam a respeito do organismo do ser humano. Dessa maneira, os resultados encontrados muitas vezes não alcançam seus objetivos fazendo com que os pesquisadores busquem métodos alternativos, para que assim poupem os animais de sofrimentos desnecessários.

Não obstante, segundo Seixas (et al. 2010, p. 82). Afirma que

Hoje, de forma bastante eficiente, os conhecimentos podem ser adquiridos não com o uso de animais, e sim com os métodos substitutivos. Existe uma grande gama de alternativas, entre elas, podem ser descritos modelos e simuladores mecânicos, filmes e vídeos interativos, simulações computacionais e de realidade virtual, acompanhamento clínico em pacientes reais, auto-experimentação não invasiva (ex: verificações da frequência cardíaca, temperatura, condutância da pele, entre outros), utilização não invasiva e não prejudicial de animais, estudo anatômico em animais mortos por causas naturais ou circunstâncias não experimentais, experimentos com vegetais, microrganismos in vitro, estudos de campo e observacionais.

Cardozo e Vicente, 2007 *apud* Seixas et al. (2010, p. 83), falam que “as propostas de utilização de métodos substitutivos têm gerado técnicas inteligentes e responsáveis, com benefícios para a sociedade”.

Dessa forma, existem vantagens com a utilização de métodos substitutivos como elenca Greif, 2003 *apud* Seixas et al. (2010, p. 84) podendo ser citados da seguinte forma:

(1) custos menores, se for considerado o custo global de manutenção de biotérios, manipulação e preparação de animais; (2) vida útil geralmente indeterminada e peças de reposição disponíveis; (3) aprendizado superior com softwares e modelos artificiais devido à liberdade para experimentar; (4) respeito ao ritmo de cada estudante e possibilidade de repetição quantas vezes for necessário, além de algumas permitirem o uso em casa; (5) aprendizado de acordo com a ética e a moral, sendo transmitidos, além dos conteúdos da matéria, conteúdos éticos. Assim, o uso de alternativas vem aumentando, o que comprova a sua viabilidade; alternativas podem ser combinadas conforme necessidade e conteúdo.

Portanto, Tréz (2008 *apud* Seixas et al. 2010, p. 84), alegam que através dos métodos substitutivos, os estudantes podem refazer os experimentos quantas vezes acharem necessário, visto que não existiria restrição de tempo para a prática. Além disso, o animal não precisa conviver com estresse e sofrimento, havendo também a ausência de riscos de acidentes biológicos. A vista disso, apresentam-se como métodos com melhor custo benefício em que “para compra de animais vivos e manutenção de biotérios e técnicos, muitos recursos são utilizados e, com métodos substitutivos, há a

vantagem destes possuem vida útil indeterminada”.

A aplicação e o desenvolvimento pelos cientistas nas experimentações com modelos não humanos, segundo Oliveira e Chalfun (2009 *apud* HEANCIO; PAZÓ, 2014, p. 248) são elencadas dessa forma:

- 1) sistemas biológicos *in vitro* (cultura de células, tecidos e órgãos passíveis de utilização em genética, microbiologia, bioquímica, imunologia, farmacologia, radiação, fisiologia, toxicologia, produção de vacinas, pesquisa sobre o vírus do câncer);
- 2) Cromatografia e espectrometria de massa (técnica que permite a identificação de compostos químicos e sua possível atuação no organismo, de modo não-invasivo);
- 3) farmacologia e mecânica quânticas (avaliam o metabolismo das drogas no corpo);
- 4) estudos epidemiológicos (permitem desenvolver a medicina preventiva com base em dados comparativos e na própria observação do processo de doenças);
- 5) estudos clínicos (análise estatística da incidência de moléstias em populações diversas);
- 6) necropsias e biópsias (métodos que permitem mostrar a ação das doenças no organismo humano);
- 7) simulações computadorizadas (sistemas virtuais que podem ser usados no ensino das ciências biomédicas, substituindo o animal);
- 8) modelos matemáticos (traduzem analiticamente os processos que ocorrem nos organismos vivos);
- 9) culturas de bactérias e protozoários (alternativas para testes cancerígenos e preparo de antibióticos);
- 10) uso da placenta e do cordão umbilical (para treinamento de técnica cirúrgica e testes toxicológicos);
- 11) membrana corialantóide (teste CAME, que se utiliza de membrana dos ovos de galinha para avaliar a toxicidade de determinada substância);
- 12) pesquisas genéticas (estudos com DNA humano), etc.

Pelo exposto compreende-se que são diversas as perspectivas acerca da não necessidade da utilização dos animais em experimentos. Nesse sentido existem várias técnicas e métodos substitutivos sem que haja a necessidade de utilizá-los em pesquisas.

Ressalta-se ainda que a utilização dos animais é amparada em alguns países pela comunidade acadêmica. Segundo Oliveira e Chalfun (2009 *apud* HEANCIO; PAZÓ, 2014, p. 248), faz-se necessário destacar que:

Diversas universidades limitam ou não utilizam animais vivos para ensino, realizando treinamento com cadáveres e, em animais vivos, castrações, tais como as escolas médicas britânicas Cambridge e Oxford, as estadunidenses Columbia, Harvard, Yale, Johns Hopkins, Stanford, Tufts, Washington, Illinois, Califórnia – Davis, Flórida, Cornell, Wisconsin, entre outras. Além disso, segundo informa a referida Professora, mais de 70% das Faculdades de Medicina dos EUA não utilizam animais vivos e na Alemanha, Canadá e Austrália este percentual é de praticamente 100%.

No Brasil, a Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo (USP) desde 2000, adota a total restrição ao emprego de animais em pesquisas, mediante a utilização os seguintes métodos:

O treinamento cirúrgico é realizado em duas fases: na primeira são utilizados cadáveres quimicamente preservados; na segunda, exclusivamente a castração de animais, em programa de parceira com ONGs para controle populacional de cães e gatos (OLIVEIRA E CHALFUN, 2009, p. 1247).

Com essa atitude, o método foi aprovado e aceito com excelentes resultados pelos alunos, contribuindo para “uma educação humanitária e sem conflitos éticos”. (OLIVEIRA E CHALFUN, 2009, p. 1247).

No que concerne aos métodos alternativos de pesquisas com animais utilizados no Brasil, é válido destacar a possibilidade das Faculdades do Brasil seguir o modelo proposto pela Faculdade de Medicina Veterinária da USP, buscando outras formas de estudo a fim de que os animais não sejam submetidos a tratamentos depreciativos. Dessa forma, Oliveira e Chalfun (2009, p. 1247) expõem que:

Outros métodos alternativos utilizados nas faculdades são protótipos de baço, rim, fígado, sistemas computadorizados. A UNIFESP (Universidade Federal de São Paulo) usa rato de PVC nas salas de aulas de microcirurgia. Na UNB (Universidade de Brasília), o programa de farmacologia básica do sistema nervoso autônomo é realizado através de simulação computadorizada. A FMVZ (Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia) no departamento de patologia utiliza cultivo de células vivas no departamento de patologia (OLIVEIRA, CHALFUN, 2009, p. 1247).

Por isso, as técnicas e possibilidades alternativas são consideradas possíveis, dado que o Brasil já utiliza outras formas de experimentação animal, assim como outros países. Visto isso, a busca por métodos alternativos teve grandes consequências no que tange “ao desenvolvimento de técnicas como cultura celular, culturas com mais de um tipo celular, cultura tridimensional (onde ocorre o contato célula-matriz extracelular)” (ADOLPHE *apud* PAIXÃO, 2001, p 24). Assim, alunos de universidades, cientistas, empresas, etc., podem utilizar essas formas para estudos, sem que haja manipulação de animais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os experimentos com animais são realizados há milhares de anos, trazendo benefícios plausíveis para o desenvolvimento nos ramos da ciência e de novas tecnologias, particularmente no campo biomédico. Ainda é discutida a ética em torno da

utilização de animais para fins didáticos e, a partir das considerações apresentadas neste artigo, são notórios os esforços para que haja a substituição do modelo pautado na vivisseção.

Ademais, discutir o assunto é importante para dar visibilidade ao enfoque bioético da questão perante a sociedade, e para encontrar melhores soluções para a pesquisa científica com animais, para que esses não sejam vistos como um fim em si mesmo, corroborando com a tese de que é possível a busca por métodos alternativos. Para isso, julga-se necessário o comprometimento dos pesquisadores em analisar a real necessidade do uso de animais em pesquisas.

A partir das ponderações apresentadas neste artigo, conclui-se que o uso de animais para fins científicos deve ser substituído sempre que possível por métodos alternativos, tais como: simulações computacionais, estudo anatômico em animais mortos por causas naturais ou circunstâncias não experimentais, etc., Tendo em vista que a experimentação em modelos não humanos ganhou maior atenção quando se fala em ética animal, o debate a cerca do assunto resultou em consequências práticas, associadas a evolução de alternativas.

REFERÊNCIAS

A Lei de Animais (Procedimentos Científicos) de 1986 (ASPA). Disponível em: <https://warwick.ac.uk/services/ris/research_integrity/code_of_practice_and_policies/research_code_of_practice/research_using_animals/aspa/> Acesso em: 12 nov. 2018.

ASPCA - The American Society for the Prevention of Cruelty to Animals, **We Are Their Voice, 1866**. Disponível em: <<https://www.asPCA.org/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

AZEVEDO, Danielle Maria Machado R. **Experimentação animal: aspectos bioéticos e normativos**. Brasília. LetrasLivres, 2006, p. 129. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-52732008000200010> Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 466, de 12 de dezembro de 2012**. Aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília, Diário Oficial da União, 12 dez. 2012.

BRASIL, **Lei nº 11.794, de 08 de outubro de 2008**. Regulamenta o inciso VII do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais. Diário Oficial da União, 8 out. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 6.899, de 15 de julho de 2009**. Dispõe sobre a composição do Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal - CONCEA, estabelece as normas para o seu funcionamento e de sua Secretaria-Executiva, cria o Cadastro das Instituições de Uso Científico de Animais - CIUCA, mediante a regulamentação da Lei no 11.794, de 08 de outubro de 2008, que dispõe sobre procedimentos para o uso científico de animais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6899.htm> Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL, **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Lei de Crimes Ambientais que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm> Acesso em: 15 out. 2018.

BEDRIKOW, Rubens. GOLIN, Valdir. A história da descoberta da circulação pulmonar. **J. Pneumologia vol.26 no.1 São Paulo Jan./Feb. 2000**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-35862000000100012&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em: 17 set. 2018.

CRUZ, Janildes Silva. **Direito e experimentação animal: uma análise à luz da legislação ambiental**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais e Novos Direitos) – Universidade Federal da Bahia/UFBA, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16590>> Acesso em: 07 nov. 2018.

Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. **Bioética e medicina / Comissão de Bioética do CREMERJ**. - Rio de Janeiro: Navegantes Editora e Gráfica, 2006.

Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Assembléia da UNESCO, Bruxelas, 27 jan. 1978. Disponível em: <<http://portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2018.

DE BARROS, Gilcelle Almeida. **O direito dos animais e o bem-estar na sua utilização para fins científicos em benefício da saúde humana**. Revista de Direito. FIBRA Lex, Ano 3, n. 3, 2018.
Ética Animal. **Uso militar de animais**. Disponível em: <<http://www.animal-ethics.org/exploracao-animal/animais-trabalhadores-introducao/uso-militar-de-animais/>> Acesso em: 16 out. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FEIJÓ, Anamaria; DE MACEDO BRAGA, Luisa Maria Gomes; PITREZ, Paulo Márcio Condessa. Animais na pesquisa e no ensino: aspectos éticos e técnicos. In_____. **História da ética animal**. EDIPUCRS, Porto Alegre, 2010. Cap 3, p. 43.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (Fiocruz), Ministério da Saúde, Brasil. **Linha do tempo: breve histórico da prática no Brasil e no mundo.** Disponível em: <<https://agencia.fiocruz.br/linha-do-tempo-breve-hist%C3%B3rico-da-pr%C3%A1tica-no-brasil-e-no-mundo>> Acesso em 10 nov. 2018.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: Origens e Complexidade. Rev HCPA. 2006; 26:86-92. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>> Acesso: 14 nov. 2018

GREIF, Sérgio. TRÉZ, Thales. **A face da experimentação animal sua saúde em perigo.** Editora Sociedade Educacional Fala Bicho. 2000.

GUIMARÃES, Mariana Vasconcelos; DA CRUZ FREIRE, José Ednézio; DE MENEZES, Lea Maria Bezerra. **Utilização de animais em pesquisas:** breve revisão da legislação no Brasil. **Revista Bioética**, v. 24, n. 2, 2016.

HEANCIO, Sabrina França; PAZÓ, Cristina Grobério. **A bioética e a experimentação animal: UMA BUSCA POR NOVAS ALTERNATIVAS.** 2014. Disponível em: <<http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/Parte-1-14-A-bioe%CC%81tica-e-a-experimentac%CC%A7a%CC%83o-animal-Sabrina-Eancio-e-Cristina-Pazo%CC%81.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2018

JUNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. **Direito Animal - Expectativas Constitucionais.** 01 de jun. de 2017. Entrevista concedida ao Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-animal--expectativas-constitucionais/17619>> Acesso em: 14 de nov. 2018.

LIMA, Walber Cunha. **Bioética e biodireito: interfaces e confluências.** 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós- Graduação em Ciências Sociais, Natal, 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/13682/1/WalberC_L_D_ISSERT.pdf> Acesso em: 12 nov. 2018.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; CHALFUN, M. **Experimentação animal:** por um tratamento ético e pelo Biodireito. In: XVIII Encontro Nacional CONPEDI, 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional CONPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2009.

ORLANDI, Vanice Teixeira. Abuso e maus-tratos. Abuso e Maus-tratos com animais: Omissão e Desacertos do Poder Público. **UIPA- união Internacional Protetora dos animais.** São Paulo. Disponível em: <<http://www.uipa.org.br/sobre/>> Acesso em: 13 de nov. 2018

Os editores da Enciclopédia Britânica (org.). François Magendie. Encyclopedia Britannica, inc. Outubro 03, 2018. Disponível em <<https://www.britannica.com/biography/Francois-Magendie>> Acesso em: 12 de nov. 2018.

PARISE, Patrícia Spagnolo. **O que é Biodireito?.** 2011. Disponível em: <<http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/art4.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018.

PESSINI, Leo. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. **Revista Bioética**, v. 21, n. 1, 2013.

RAYMUNDO, Marcia Mocellin; GOLDIM, José Roberto. **Ética da pesquisa em modelos animais**. revista Bioética, v. 10, n. 1, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/196> Acesso em: 12 nov. 2018.

ROCHA, Ethel Menezes. Animais, homens e sensações segundo Descartes. *Kriterion: Revista de Filosofia*, v. 45, n. 110, p. 350-364, 2004.

STEFANELLI, Lúcia Cristiane Juliato. Experimentação animal: considerações éticas, científicas e jurídicas. **Ensaio e Ciência: Ciências Biológicas, Agrárias e da Saúde**, v. 15, n. 1, 2011.

SEIXAS, Mone Martins; VIRGENS, João Henrique Araújo; MELO, Stella Maria Barrouin; VAN HERK, Alexander Gerard Steever. **Consciência na substituição do uso de animais no ensino**: aspectos históricos, éticos e de legislação. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v.5. n. 6. 2010. Disponível em:<<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/11073/7987>>Acesso em: 08 nov. 2018.

SPCA - sociedade para a Prevenção da Crueldade contra os Animais. **Nossa história, 1824**. Disponível em: <<https://www.spcai.org/about-spcai/our-history/>>Acesso em: 12 nov. 2018

The university of Nottingham. **Animal Research at Nottingham: Legislation. The Animal (Scientific Procedures) Act 1986**. Disponível em: <<https://www.nottingham.ac.uk/animalresearch/legislation/legislation.aspx>> Acesso em: 17 set. 2018.

TALAMONI, ACB. **Os nervos e os ossos do ofício**: uma análise etnológica da aula de Anatomia [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2014, 163 p. ISBN 978-85-68334- 43-0. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org/>>Acesso em: 08 nov. 2018.

UIPA – UNIÃO INTERNACIONAL PROTETORA DOS ANIMAIS. **A UIPA é a ONG mais antiga do Brasil**. Disponível em: <http://www.uipa.org.br/historia/>. Acesso em: 17 set. 2018

Versão consolidada da ASPA 1986. Disponível em:<<https://www.gov.uk/government/publications/consolidated-version-of-aspa-1986>>Acesso em: 13 nov. 2018.

IGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR: UMA ANÁLISE À LUZ DA APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Ilana Lucas Diôgo¹

Ana Mônica Medeiros Ferreira²

RESUMO

O artigo se constitui de uma pesquisa teórica acerca da temática da Hermenêutica Diatópica como termo de harmonização, dentro de uma pauta mínima realizável na cultura brasileira ante o conflito e resistência da igualdade de gênero no âmbito familiar. Para tanto, se faz uma abordagem conceitual e histórica sobre cultura, evolução e canibalização cultural, Direitos Humanos, equidade de gênero e avanços legislativos. Trata-se de uma pesquisa de cunho social e cultural. Considerando os objetivos da pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dialético, uma vez que nesse método os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, econômico, político e principalmente cultural. Por fim, confronta-se a realidade atual vivida pelas mulheres no âmbito familiar no Brasil, revelando que apesar de existir uma evolução cultural e legislativa quanto à cultura do patriarcado, além da criação de diversas leis, convenções e decretos, de forma sutil, o papel da mulher não foi tão transformado dentro da família no cenário brasileiro quanto deveria ser, encontrando uma possível solução para essa resistência na Hermenêutica Diatópica.

Palavras-chave: Hermenêutica diatópica. Igualdade de gênero. Família.

GENDER EQUALITY IN THE FAMILY ENVIRONMENT: AN ANALYSIS DIATOPIC HERMENEUTICS

ABSTRACT

This article is consisted of a theoretical research on the subject of Diatopic Hermeneutics as a ceasing of harmonization, inside a minimum strategy viable in brazilian culture against the conflict and the resistance of gender equality in the family environment. For this, it is applied a conceptual and historical approach about culture, evolution, cultural cannibalization, Human Rights, gender equality and legislatives progresses. It is a social and cultural research. Considering the research's objectives, it was used the dialectical method, once in that method the facts can not be considered

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: ilanalucs@outlook.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: anamonicamf@gmail.com

out of a social, economical, political and mainly cultural context. At the end, it is confronted the contemporary reality of women in brazilian family environment, revealing that, despite it has been a cultural and legislative evolution regarding the patriarchal culture, in addition to the creation of several laws, conventions and decrets, subtly the women's position has not been transformed in the brazilian family scenario as it should have been, finding a possible solution for that resistance in the Diatopic Hermeneutics.

Key words: Diatopic hermeneutics. Gender equality. Family.

1 INTRODUÇÃO

A Hermenêutica Diatópica, como preleciona Boaventura de Sousa Santos em seu escrito “Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos”, visa um diálogo intercultural com uma troca de saberes diferentes, culturas e subculturas diversas, chegando até os *topoi*, que são conjuntos de normas culturais que formam o agir de um povo. A missão da Hermenêutica Diatópica não é encontrar uma resposta única ou um modelo universal, o objetivo é encontrar uma pauta mínima realizável em cada cultura. Essa preocupação surgiu porque não há cultura perfeita, contudo, a cultura pode transcender-se através do fenômeno natural da evolução cultural, uma vez que a cultura não é estática, pois os seres humanos estão em constante mudança, e com o transcorrer do tempo ela é influenciada por novos atributos de pensamentos inerentes ao desenvolvimento do ser humano.

Todavia, mesmo a evolução cultural sendo um fenômeno emancipatório que aproxima a cultura ao cumprimento dos Direitos Humanos garantidos a todas as pessoas, como por exemplo a luta das mulheres brasileiras pela igualdade e reconhecimento como cidadãs de direito e deveres dotadas de capacidade, há resistência por questões culturais, históricas, sociais por parte da cultura predominante, que fazem com que nem todos os direitos sejam reconhecidos e aplicados, de maneira que cada indivíduo busca fundamentar a escolha feita por si com a intenção de legitimá-la para que essa seja a opção dos outros indivíduos, especialmente no exemplo citado.

A ONU, estando ciente do contexto desigual que o mundo estava vivendo, além de elaborar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que é o documento internacional que assegura e é a estrutura dos Direitos Humanos, criou, em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,

popularizada como a “Convenção da Mulher, na tentativa de efetivar a igualdade de gênero – direito adquirido desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e impedir o acontecimento de qualquer tipo de discriminação contra as mulheres.

Contudo, enunciação formal não efetiva cumprimento, por essa razão é verificado que a efetivação dos direitos das mulheres depende da atuação dos poderes do Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma que se torne adequada a legislação do país aos padrões internacionais, criando políticas públicas voltadas à proteção dos direitos das mulheres.

Como a cultura brasileira teve fortes influências oriundas de outras culturas que eram conservadoras, machistas e patriarcais, a lei retratava a sociedade da época – conservadora, machista e patriarcal, portanto não era fácil ser mulher naquela época, inclusive elas eram consideradas relativamente incapazes, pois perdiam a capacidade ao se casar, uma vez que passavam do comando paterno diretamente para o comando marital.

O casamento, nessa configuração da sociedade, não era tão somente a vontade de construir família. Para as mulheres, casar era uma condicionante para a perpetuação da sua existência, pois se elas não conseguissem ou quisesse casar sofreriam com retaliação social, preconceito e “má fama”.

A criação de leis extravagantes como o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) e a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), foi o que começou a dar autonomia para a mulher brasileira, mas somente com a Constituição Federal de 1988, considerada a Constituição Cidadã, as mulheres tiveram seus direitos ainda mais assegurados. Contudo, mesmo a legislação brasileira se adequando a fatos sociais, a ausência da equidade de gênero tão retratada na lei era evidenciada como distante da realidade.

Com advento do Código Civil de 2002, podemos considerar uma evolução cultural, pois o papel da figura feminina no meio social e familiar começou a ser ressignificado, ou seja, a mulher contemporânea começou a coexistir socialmente como sujeito de direito, dessa forma, tendo o direito de buscar seus direitos como sujeito político. Entretanto, apesar das garantias e leis de natureza mais cautelar, os costumes brasileiros refletem uma sociedade ainda machista, patriarcal, sexista e preconceituosa resistentes à evolução legislativa e cultural, e que pode ser claramente vista em nosso cotidiano.

O presente artigo é, de certa maneira, uma análise crítica sobre a questão

cultural envolvendo a igualdade de gênero na conjuntura familiar. Inicialmente explicitando termos como cultura, evolução e canibalização cultural. Passando, em seguida a abordar sobre a contextualização do surgimento dos Direitos Humanos e a necessidade da criação de Direitos Humanos especificamente da Mulher enquanto dialoga com a Hermenêutica Diatópica e a cultura machista brasileira, analisando, para isso, a questão da relativização dos Direitos Humanos quanto a “naturalização da não evolução” do papel da mulher no cenário da família brasileira atual.

Trata-se de uma pesquisa que busca um meio de solucionar as divergências jurídicas ocasionadas ante a ausência de igualdade de gênero no âmbito familiar brasileiro. Para tanto, aplica-se o método de abordagem dialético, pois a característica principal desse método é que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, político, econômico ou cultural. Mais, esse método traz consigo o Princípio da Unidade dos Opostos, o qual retrata que todos os fenômenos apresentam aspectos contraditórios, se aplicando perfeitamente a presente pesquisa.

Será utilizado nesta pesquisa como método de procedimento os métodos histórico, uma vez que não há como falar de um assunto social sem mostrar a sua evolução histórica ao longo do tempo e sem verificar se os acontecimentos do passado influenciam de alguma forma a sociedade atual; o comparativo, ao abordar posicionamentos divergentes a respeito do tema proposto, comparando-os, com a finalidade de verificar semelhanças e explicar divergências; e, por fim, o método descritivo, pois foi realizado um estudo e interpretação de fatos sem a interferência de quem está pesquisando.

Por fim, a técnica de pesquisa utilizada nesse artigo é predominantemente a pesquisa bibliográfica, em virtude do objeto de estudo; contudo foi utilizado, também, a legislação, que inclui leis, convenções e decretos, que será fundamental como embasamento e esclarecimento e artigos.

2 UM DIÁLOGO ENTRE CULTURA, EVOLUÇÃO CULTURAL, CANIBALIZAÇÃO CULTURAL E HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Para compreender o que significa cultura, é preciso entender que a cultura não é algo uno, não possui um significado preciso, uma vez que ela é composta por diversos aspectos, como a linguagem, os costumes, o conhecimento, a arte, as crenças,

as leis, a moral e todos os hábitos adquiridos pelos seres humanos. Esse conjunto de diversos aspectos é chamado de *ethos*, do grego “caráter moral”, e são agregados através do contato social ao longo da convivência das pessoas entre si, refletindo a realidade em que estão inseridas, podendo ser considerada como uma herança social. Contudo, a cultura para ser considerada como tal, deve respeitar a dignidade humana, ou seja, é obrigada a respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, uma vez que os direitos culturais fazem parte dos direitos humanos.

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural em seu artigo primeiro dialoga com o conceito de cultura, afirmando que esta adquire formas diversas através do tempo e do espaço. E que essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade, como podemos ver abaixo:

Artigo 1º – A diversidade cultural, património comum da humanidade

A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade manifesta-se na originalidade e na pluralidade das identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é tão necessária para o género humano como a diversidade biológica o é para a natureza. Neste sentido, constitui o património comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras. (UNESCO, 2001) (grifo meu)

É importante ressaltar que mesmo existindo uma cultura local predominante, a cultura não é una, ou seja, existe uma diversidade cultural, que são diversas culturas dominantes de um povo ao redor do mundo, e coexistem grupos com características próprias dentro da cultura local, como uma subcultura, um microgrupo. Normalmente esses grupos são minoritários e essa diferenciação pode acontecer por diversos fatores, como idade, etnia, identidade sexual, etc.

A cultura não é estática, é algo que está sempre em transição, pois os seres humanos estão em constante mudança, e com o transcorrer do tempo ela é influenciada por novos atributos de pensamentos inerentes ao desenvolvimento do ser humano, logo, pode-se inferir que a cultura é uma junção de conhecimento transmitido ao longo das gerações, e que a cada geração esse conhecimento perde-se, incorpora-se a outros, evolui e transcende-se.

A evolução cultural é um fenômeno natural, que tão somente é a transformação dos elementos culturais de uma sociedade por diversos fatores, como

contatos com outras culturas e marcos históricos. Existem teorias que estudam essa evolução seguindo a linha de classificação criada pelo filósofo Karl Marx, sendo tratado em seu livro *Ideologia Alemã*, o qual retrata uma relação entre a cultura e história – que não acontecia pela escolha do indivíduo, mas sim oriundo de condições pré-definidas, determinadas pelo processo de produção da sobrevivência. A linha de classificação defendida por Marx subdivide a cultura em duas partes: infraestrutura e superestrutura. A infraestrutura engloba os aspectos relacionados à tecnologia, atividade econômica e social de uma sociedade, sendo considerada mudanças materiais e imprevisíveis, além de trabalhar com as regras que estabelecem as relações entre os seres humanos e está ligada com o sistema hierárquico de poder. A superestrutura trata de questões referentes à consciência social em geral, como crenças religiosas, artes e valores morais, entre outros fatores.

A interdependência dessas subdivisões pode ser observada no seguinte exemplo: A inserção das mulheres no mercado de trabalho ocorreu, também, com o surgimento de mais serviços devido a crescente atividade econômica, ocasionando a modificação nas relações sociais (infraestrutura) e transformação dos valores morais referentes à mulher (superestrutura).

Boaventura de Sousa Santos, professor catedrático e diretor do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, criou o termo “Canibalização Cultural” em seu escrito *Por uma Concepção Multicultural de Direitos*, explicando um processo de modificação cultural impositiva, que se difere do que seria o processo natural da evolução cultural. O termo Canibalização Cultural é utilizado para descrever o que se denomina como o fenômeno da sobreposição de uma cultura a outra, ou seja, quando uma cultura supostamente “dominante” se sobrepõe e impõe-se a outra cultura considerada menor.

Essa sobreposição, ou canibalização, cultural não pode e nem deve ser confundida com modificação e evolução cultural, uma vez que a evolução cultural acontece através de um lento processo natural, por vezes através de lutas emancipatórias de um determinado grupo que busca aproximar cada vez mais a cultura em que está inserido a efetivação dos Direitos Humanos garantidos a todas as pessoas, como por exemplo a luta das mulheres brasileiras pela igualdade e reconhecimento como cidadãs de direito e deveres dotadas de capacidade. Portanto, as gradativas conquistas das mulheres brasileiras exigindo a sua autonomia e

reconhecimento não foram ocasionadas de um processo impositivo, foram pequenas conquistas que buscavam aprimorar a cultura predominantemente machista³ e patriarcal da sociedade da época, mas que reflete até hoje.

Esse reflexo acontece porque possibilidades e exigências só serão possíveis de concretização se tais possibilidades e exigências tenham sido absorvidas pelo contexto cultural local. Ou seja, os Direitos Humanos quando examinados em sua intenção de universalidade, encontram resistência nas diferenças culturais entre as nações, nas regiões de uma única nação e até mesmo em subculturas. As divergências entre culturas representam uma dificuldade para a universalização dos Direitos Humanos. Percebendo isso, Boaventura de Sousa Santos surgiu com o termo “Hermenêutica Diatópica” em seu escrito Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos para a Revista Crítica de Ciências Sociais, em 1997.

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O *objectivo* da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude - um *objectivo* inatingível - mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico. (SANTOS, 1997).

A Hermenêutica Diatópica visa um diálogo intercultural com uma troca de não só saberes diferentes, como culturas e subculturas diferentes também, chegando até os *topoi* (conjunto de normas culturais que formam o agir de um povo). Sua missão não é encontrar uma resposta única ou um modelo universal, o objetivo é encontrar uma pauta mínima realizável em cada cultura.

Não há cultura perfeita quando se trata das suas concepções sobre o que seria a Dignidade Humana, portanto os *topois* de uma determinada cultura são sempre imperfeitos e incompletos, todavia, tal lacuna nunca é visível de dentro da cultura, somente de um olhar de fora.

³ O machismo, apesar de ser uma característica que ainda existe em de diversas culturas, inclusive na brasileira, não pode ser aceito como cultura, visto que não respeita a dignidade humana, ou seja, vai de encontro aos direitos humanos e as liberdades fundamentais. Portanto não é possível afirmar que a contínua luta contra uma sociedade machista é uma canibalização cultural.

O caráter diatópico da hermenêutica surge com o objetivo de expandir a consciência cultural com relação às lacunas culturais existentes através de um diálogo expansível, que começa internamente criando a consciência, e depois alcançando outras culturas.

3 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS E O NASCIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.” (ARENDR, 1951)

Os Direitos Humanos são integrados ao conjunto de Direitos Fundamentais inerentes e assegurados a todos os seres humanos, sem prerrogativas, independentemente de raça, sexo, gênero, nacionalidade, etnia, classe social, idioma, religião ou qualquer outra condição. Esses direitos são considerados como universais, de maneira que homens, mulheres, crianças, qualquer pessoa habitante no planeta, sem distinção, possa usufruí-los.

A aplicação dos Direitos Humanos deve abranger todas as nações e grupos existentes nelas, embora cada qual haja o próprio escopo jurídico.

Os Direitos Humanos são históricos, ou seja, em um determinado período da História, após tantas guerras, revoluções e modificações culturais, nasceu a necessidade de igualdade para com todas as pessoas. Essa necessidade adequa-se às circunstâncias e urgências específicas de cada época.

Hoje, o documento internacional que assegura e é a estrutura dos Direitos Humanos, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), formada por trinta artigos que versam sobre direitos que tem por finalidade assegurar a justiça, liberdade e paz mundial. A Declaração foi elaborada em um contexto pós Segunda Guerra Mundial, uma guerra bárbara que é lembrada principalmente pelo holocausto, o genocídio do povo judeu, que foi “justificado” basicamente pela intolerância e preconceito racial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em dezembro de 1948, três anos após o término da Segunda Grande Guerra. O artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos expressa a

ideia principal que impulsionou a criação de um documento que protege e iguala todos os seres humanos, ao declarar que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (DUDH, 1948).

Os direitos assegurados por esse e os demais artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como o direito à vida, à nacionalidade, a não ser escravizado, torturado, preso, detido ou exilado de forma arbitrária, o direito de contar com a presunção da inocência e ser tratado com igualdade perante as leis, entre outros, são direitos almejavéis por todas as pessoas, sendo até mesmo intrínseco a natureza humana querer garantir a sua aplicação, embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tenha força de lei. Contudo, tendo como base o texto da DUDH, são formuladas constituições e tratados internacionais mais específicos com a intenção de fazer cumprir esses direitos.

Todavia, as questões culturais, históricas, sociais e humanas fazem com que nem todos os direitos sejam reconhecidos e aplicados, de maneira que cada indivíduo busca fundamentar a escolha feita por si com a intenção de legitimá-la para que essa seja a opção dos outros indivíduos também.

Partindo dessa premissa, a questão atual sobre os Direitos Humanos não é identificar quais e quantos são esses direitos, de onde surgiram, suas fundamentações e justificativas, se são direitos naturais ou históricos, individuais ou universais, absolutos ou relativos, mas sim qual é a maneira mais eficaz e segura para garanti-los, impedindo que estes sejam continuamente violados.

Infelizmente, apesar de existir documentos que embasem e supostamente assegurem a aplicação dos direitos humanos, se faz necessário reconhecer as divergências que ocorrem entre a teoria e a prática, percebendo que a teoria e a prática em uma frequência assustadora, vão de encontro uma a outra.

A afirmação acima pode ser constatada ao lermos o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948, que em seu texto é declarado “igualdade de direitos entre homens e mulheres”, *in verbis*:

Preâmbulo – (...) considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na **igualdade de direitos do homem e da**

mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla (...) (DUDH, 1948). (grifo meu)

Entretanto, a formação jurídica é criada como se o direito, a interpretação e a aplicação deste fossem neutras e igualitárias no que se refere ao gênero, como se a simples enunciação de “igualdade” fosse capaz de assegurar sua efetivação entre homens e mulheres. Tal afirmação é tão verídica que em 1979, após debates realizados por movimentos feministas, tendo como resultados a evidenciação da invisibilidade das mulheres perante a lei, foi necessário fazer uma convenção destinada a tratar especificamente sobre questões que envolvem as mulheres, sendo conhecida como a “Convenção da Mulher”.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, popularizada como a “Convenção da Mulher”, foi criada em 1979, entrando em vigor em 1981. Essa Convenção foi o primeiro tratado internacional a estabelecer os direitos humanos da mulher.

A Convenção da Mulher tem como objetivo buscar efetivar a igualdade de gênero, um direito adquirido desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e impedir o acontecimento de qualquer tipo de discriminação contra as mulheres, como é expressamente retratado no artigo 1º, nos termos a seguir:

Artigo 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (CEDAW, 1981).

Ao notar que a enunciação de “igualdade” não assegurava a efetivação entre homens e mulheres, a Comissão de Status da Mulher da ONU estudou a situação das mulheres no mundo, analisando em quais âmbitos os direitos das mulheres eram mais desrespeitados, e entre 1949 e 1962, a Comissão criou os tratados que resultaram na Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952); Convenção sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas (1957); Convenção Sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962). Somente em 1972, a Comissão sobre o Status da Mulher organizou um tratado que, com meios efetivos à sua implementação, resultou na força de lei à Declaração.

A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a

Mulher foi acatada pela Assembleia Geral da ONU em 1979, todavia, uma enunciação formal não efetiva o seu cumprimento. Portanto, a efetivação dos direitos das mulheres depende da atuação dos poderes do Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente adequando a legislação do país aos padrões internacionais, criando políticas públicas voltadas à proteção dos direitos das mulheres e a efetivando-os ao serem utilizadas as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos para a fundamentação das decisões jurídicas, como é relatado no artigo 2º da presente Convenção⁴.

4 A FAMÍLIA NO CENÁRIO BRASILEIRO

4.1 MACHISMO, A CULTURA DO PATRIARCADO

Para entender a sociedade atual do Brasil, se necessário lembrar que a cultura brasileira teve fortes influências oriundas de Portugal, que, por sua vez, tem origem proveniente no Direito Romano, o qual seu berço é o regime provindo da Grécia. Naquela época a ideologia do machismo já estava impregnada nas raízes culturais desses povos, incluindo no núcleo familiar, denominado como patriarcado.

Oportuno evidenciar que o patriarcado, embora a tradução do grego signifique o “poder do pai”, tem um significado além da tradução literal. O Patriarcado é um sistema social que mantém o poder, a liderança, a autoridade moral e o controle em diversas áreas da vida na figura do homem, caracterizado pela supremacia

⁴ Artigo 2. Os Estados-parte condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio;
- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;
- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
- d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;
- f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;
- g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

masculina e desvalorização da identidade feminina, fazendo com que a mulher exista em um constante estado de submissão ao homem, realizando as vontades da figura paterna ou familiar, e logo em seguida a figura do marido.

Na era patriarcal, a mulher não tinha voz, não tinha vez, não tinha direitos civis, tinha, tão somente, direitos “servis”. Nesse momento histórico, a legislação e a cultura via a mulher como parte de uma entidade familiar que deveria viver exclusivamente para ser a dona do lar acolhedora e submissa ao marido, e ser a extensão materna ao educar os filhos. Como a continuidade da entidade familiar era dada pela figura masculina, o universo que é ser mulher era restringido somente à perpetuação do núcleo familiar, e embora fosse a detentora da capacidade reprodutiva, não lhe era atribuída visibilidade e reconhecimento. Mais, nessa época, as mulheres não possuíam o título de cidadã, ou seja, não eram possuidoras de direitos e obrigações, somente submissão.

Dado que a cultura brasileira é diretamente vinculada à de Portugal, é notório saber que a ideologia do machismo e a cultura patriarcal existe desde os primórdios no Brasil, refletindo, desta forma, diretamente nos costumes e tradições do povo brasileiro.

4.2 O DIREITO DA MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR SOB A ÓTICA DA CULTURA BRASILEIRA DO PATRIARCADO

A trajetória da família está diretamente ligada com a independência da mulher, uma vez que as transformações foram ocasionadas devido a busca incansável das mulheres por sua emancipação pessoal e profissional. Essa busca era motivada devido a presença da mulher ser uma história de ausência, sendo o lugar dado pelo direito à mulher um não lugar (PEREIRA, 2003, p. 156), além da desconsideração, inferiorização e não reconhecido da sua natureza como seres capazes, visto que elas foram consideradas relativamente incapazes por aproximadamente 462 anos, e foram necessários mais 26 anos para legitimar, através da Constituição de 1988, a igualdade de direitos e deveres na família.

No Código Civil de 1916, visto que a lei retrata a sociedade da época – que era conservadora e patriarcal, o Código Civil de 1916 consagrou a superioridade do homem, detendo ao “pater” o comando absoluto da família, e por essa razão as

mulheres perdiam a sua capacidade ao se casar, tornando-se relativamente incapazes, uma vez que passavam do comando paterno diretamente para o comando marital.

A mulher atingia a idade pertinente para o ato da oficialização conjugal aos 16 anos, pois acreditavam que a mulher atingia a maturidade primeiro do que o homem, contradizendo o fato da mesma ser considerada relativamente incapaz ao se casar. As mulheres dessa época eram completamente objetificadas, precisavam da autorização do marido para quase tudo⁵, até mesmo se quisessem trabalhar⁶. O casamento era visto como um marco fundamental da sua vida, e como não havia a opção de divórcio e o homem controlava todos os bens, se houvesse o desquite – rompimento do casamento, mas não da sociedade conjugal – a mulher não recebia nada, pois tudo era registrado no nome do marido.

O casamento não era tão somente a vontade de construir família, para as mulheres era uma condicionante para a perpetuação da sua existência, pois se elas não conseguissem ou quisesse casar, sofreriam com retaliação social, preconceito e “má fama”. Na verdade, o ato do casamento assemelhava-se como uma abdicação do seu eu particular, uma vez que ela iria viver para o marido e filhos, jamais pondo-se em primeiro lugar. Vejamos:

Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Parágrafo único. A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido. (BRASIL, 1916).

Quanto ao pátrio poder, a autoridade familiar, a mulher poderia tão somente o exercer em casos pontuais, quando ausente a figura masculina, como mostra o artigo

⁵ Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido:

I – Praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher;

II – Alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime de bens;

III – Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem;

IV – Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal. Art. 243. A autorização do marido pode ser geral ou especial, mas deve constar de instrumento público ou particular previamente autenticado.

⁶ Art. 247. Presume-se a mulher autorizada pelo marido:

(...)

III – Para contrair as obrigações concernentes à indústria, ou profissão que exercer com autorização do marido, ou suprimento do juiz.

380 do Código Civil de 1916, *in verbis*.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (BRASIL, 1916).

A ausência de autonomia da vontade da mulher também pode ser visto no caso em que ela desejasse sair de casa e não voltar, pois se efetivada a sua vontade, esta era considerada como “abandono de lar”, acarretando a extinção da obrigação do marido de sustentar a mulher e, dependendo da situação, podendo ser confiscado bens particulares da mulher, constatando que não cabia a ela a independência e a escolha de onde queria estar.

Art. 234. A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habilitação conjugal, e esta recusa voltar. Neste caso, o juiz pode, segundo as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher. (BRASIL, 1916).

Considerando não somente a condição da mulher na era patriarcal, mas também dos filhos, a relação dos pais refletia diretamente na forma de tratamento deles, pois havia uma distinção cruel entre os filhos considerados ilegítimos e os “naturais”, começando pela ausência de direito de buscar a sua identidade e reconhecimento, caso o pai biológico fosse casado – sendo permitido somente com o advento da morte do genitor ou do desquite.

Dessa forma, os filhos poderiam ser considerados punidos pela postura tão somente da figura paterna, uma vez que este não assumia responsabilidade para com os frutos de suas aventuras amorosas na constância do casamento. Todavia, como sempre nessa época, a mulher era onerada, pois como mãe acabava sustentando o filho sozinha, sendo cruelmente criticada e apontada pela sociedade que alegava que a mesma pagava o preço pela “desonra” de ter dado à luz a um “bastardo”.

Com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), a mulher recebeu a plena capacidade, deixando de ser completamente submissa ao esposo e passando a auxiliar o marido na sociedade conjugal. Em caso de desquite, à mãe, que antes não tinha esse direito independente de “ter sido a culpada” ou não pela separação, foi dado o direito de deter a guarda dos filhos menores, se ambos os pais fossem culpados pela separação.

Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º **Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores**, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. (BRASIL, 1962). (grifo meu)

A necessidade de autorização marital para que a esposa pudesse trabalhar foi revogada, sendo essa uma das inovações mais positivas da Lei 4.121/62, uma vez que concedia as mulheres gozarem de uma restrita autonomia que por muito tempo não lhes eram permitidas. No mesmo artigo que tratava sobre o trabalho da mulher, foi instituído o chamado “bens reservados”, que era o patrimônio adquirido pela mulher com o fruto do seu labor. Tais bens agora pertenciam a elas, e não se comunicavam com as dívidas do marido, como mostra o texto do artigo abaixo:

Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. **O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem**, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, **bens reservados, dos quais poderá dispor livremente** com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos incisos. II e III, do artigo 242.

Parágrafo único. **Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo pelas dívidas do marido**, exceto as contraídas em benefício da família. (BRASIL, 1962). (grifo meu)

Previamente à aprovação da chamada Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), ainda perdurava a ideia de que a mulher seria indigna e desonrada se não estivesse inserida em uma sociedade conjugal. Pode-se inferir que tal receio na aprovação da Lei 6.515/77 se dava também pela inquietação da sociedade machista em dar tamanha autonomia à mulher, visto que ela não estaria submissa a uma figura masculina, ignorando o fato que estando submissa ou não, as mulheres da época sempre estavam sob constante vigilância pela sociedade.

Em 1977, por fim, houve a aprovação da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), legalizando o ato do divórcio, modificando a palavra desquite para separação judicial, facultando à mulher a opção de adotar o sobrenome do marido, modificando os requisitos para o direito de pedir alimentos, que antes só era concedido as mulheres consideradas “honestas e pobres” e o regime de comunhão parcial de bens no silêncio dos noivos – que antes era o da comunhão total.

A aceitação e a absoluta emancipação feminina são notórias através da Emenda Constitucional nº 66/2010 ao extinguir o instituto da separação, isentando as mulheres da então desonra social.

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 226

.....
§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio." (NR) (BRASIL, 1977).

Com a Constituição Federal de 1988, considerada a Constituição Cidadã, as mulheres tiveram seus direitos ainda mais assegurados, uma vez que logo no preâmbulo é assegurado o direito à igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações.

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:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Foi imposto a igualdade de tratamento entre filhos, proibindo qualquer atitude discriminatória relativo a filhos biológicos, por adoção ou concebidos em outra união, devendo todos terem os mesmos direitos e qualificações, evidenciando a diferença do tratamento que os filhos considerados "bastardos" tinham no Código Civil de 1916.

Art. 227 (...)

§6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Duas outras importantes mudanças foi o próprio conceito de família, que por adquirir um significado mais amplo passou a abranger diferentes composições familiares, inclusive reconhecendo a união estável como entidade familiar, não sendo mais necessário o casamento para que seja reconhecido, além de ver como entidade familiar qualquer um dos pais e seus descendentes.

A segunda importante mudança foi a afirmação que são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher os direitos e deveres da sociedade conjugal.

Art. 226. (...)

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988).

Mesmo com toda a evolução dos direitos das mulheres no Brasil e no mundo, a aceitação da igualdade entre os gêneros nunca foi fácil ou bem aceita, vendo isso a ONU já vinha fazendo reuniões e convenções que visavam melhorar e tornar eficaz os direitos e deveres iguais a todos os seres humanos, e, com esse intuito, em 1979, houve a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, como já foi tratado acima, o qual a maior parte dos países participaram e aderiram, mesmo que com ressalvas, mas na prática pouquíssimos realmente aplicam o conteúdo da Convenção.

Artigo 16, 1. "Os Estados-parte adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres (...)" (CEDAW, 1979).

No Brasil, mesmo com a Constituição Cidadã e com o Decreto Legislativo 4377/2002, que promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, há muitos casos de agressão doméstica e mulheres sem voz por temerem seus maridos devido ameaças constantes, que foi o que aconteceu com Maria da Penha, uma mulher que sofreu agressão do seu marido durante 23 anos, e só após a segunda tentativa de homicídio pelo seu marido, ela decidiu denunciá-lo. Ao fazer isso descobriu que a justiça brasileira não dispunha de mecanismos suficientes e eficientes para proibir a prática de violência doméstica contra a mulher, criando a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) somente após o ocorrido. O fato de haver necessidade de criar uma lei específica para casos de violência contra a mulher revela claramente que não há igualdade de gênero no âmbito familiar e torna possível vislumbrar que mesmo a legislação brasileira se adequando a fatos sociais, a equidade de gênero tão retratada na lei distancia-se da realidade.

5 O PAPEL DA MULHER CONTEMPORÂNEA NO ÂMBITO FAMILIAR FRENTE A GRADATIVA PROGRESSÃO JURÍDICA RELATIVO AO DIREITO DAS FAMÍLIAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Com o advento do Código Civil de 2002, podemos considerar como uma evolução cultural, o papel da figura feminina no meio social e familiar começou a ser ressignificado, ou seja, a mulher contemporânea começou a coexistir socialmente como sujeito de direito, dessa forma, tendo o direito de buscar seus direitos como sujeito político. Entretanto, é inevitável não dizer que as alterações feitas por ele não trouxeram as inovações devidas, sendo plausível afirmar que a codificação civilista não possuía em seu texto as relações jurídicas mais atuais da sociedade, podendo ser considerado um “Novo Código Velho”.

Provavelmente as maiores transformações proporcionadas pela legitimação do código civilista são referentes ao Direito das Famílias, o qual, infelizmente era o seio da discriminação da mulher e a base de toda sociedade. Uma dessas transformações é uma alteração linguística essencial, que foi a substituição do termo “Pátrio Poder”, que tinha uma conotação machista, para “Poder Familiar” – termo mais abrangente que transmite a ideia de um poder exercido pelos membros da família, sejam eles quais forem.

Outra alteração positiva foi trazida pelo artigo 1.511 do Código Civil, positivando a igualdade de gênero no texto legal ao trazer a redação “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2002). Esse texto dissemina a ideia da igualdade em direitos e deveres entre ambos os sexos, resultando na autonomia pessoal e na capacidade de administrar a família e os bens.

Assim, é constatado o direito legal da mulher de exercer atribuições de mesma relevância que, outrora, somente o homem realizava. Dessa forma, torna-se reconhecido os direitos e deveres incumbidos a um gênero que anteriormente era discriminado. Entretanto, apesar da natureza mais cautelosa, é de conhecimento comum que mesmo com todas as garantias legais, os costumes brasileiros refletem uma sociedade ainda machista, patriarcal, sexista e preconceituosa, que resiste à evolução legislativa e cultural.

A resistência à evolução legislativa e cultural pode ser claramente vista em nosso cotidiano, sendo bem comum dentro da própria família, mesmo que por vezes de forma singela, em tratamentos diferenciados entre os cônjuges, filhos e irmãos. Exemplos que podem ser citados é a atribuição de mais obrigações domésticas ao gênero feminino que ao masculino (às vezes este não tendo nenhuma responsabilidade, até) pois, devido o berço cultural brasileiro ter sido patriarcal, a figura da mulher é “naturalmente” relacionada as atividades do lar, embora hoje ela exerça as mesmas funções do gênero oposto; na escolha do filho ou filha de alguns cursos superiores e/ou profissões que os pais acreditam ser “para homens” ou “para mulheres”; os tipos de brinquedos que são dados às filhas (ferro de passar, vassoura, utensílios domésticos), não que seja errado, mas cabe o questionamento do motivo pelo qual o filho também não é presenteado com esses brinquedos, etc.

Se tratando de processos que principalmente envolvam direito de gênero, até hoje são elaboradas decisões judiciais que refletem uma cultura retrógrada, machista, e de resistência a novos valores. No âmbito do Direito das Família, Direito esse que os avanços legislativos são constantes, diretamente e indiretamente são impostos requisitos e limitações que não existem mais, como no caso abaixo, que retrata a comprovação de culpa pela separação um dos cônjuges um ano após a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010⁷. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA OBJETIVANDO COMPELIR A MULHER A RETOMAR O USO DO NOME DE SOLTEIRA. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DOS ART. 267, I E VI E 295, II DO CPC. INCONFORMISMO DO EX-CÔNJUGE VARÃO COM A MANUTENÇÃO DO NOME DE CASADA PELO EX-CÔNJUGE VIRAGO. É DIREITO DO CÔNJUGE VIRAGO A MANUTENÇÃO DO NOME DE CASADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 1578, § 2º DO CÓDIGO CIVIL, QUE PREVÊ A **RETIRADA DO NOME APENAS NOS CASOS EM QUE O CÔNJUGE SEJA DECLARADO CULPADO PELA SEPARAÇÃO**. O USO DO NOME DE CASADA PELA MULHER CONSTITUI DIREITO DE PERSONALIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (TJ-RJ - APL: 142497820108190202 RJ 0014249-78.2010.8.19.0202, Relator: DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA SILVA, Data de Julgamento: 11/05/2011, NONA CAMARA CIVEL) (grifo meu)

⁷ É conferido à ementa 66/2010 o crédito pela ausência da necessidade de determinar a culpa pela separação e divórcio. Contudo, esse já era o entendimento majoritário da doutrina na época, além de já existir jurisprudência com o mesmo entendimento.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 226

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio." (NR)

Examinando questões omissas e retrógradas mesmo após o Código Civil de 2002, encontra-se diversas limitações impostas às mulheres, como é o caso do entendimento jurisprudencial predominante de que em caso de viuvez, não é permitido a mulher retirar o sobrenome do marido do seu sobrenome, não existindo fundamentação para justificar tal decisão, contradizendo inclusive o fato de com o fim do casamento em caso de divórcio ou dissolução da união estável, pode os ex-cônjuges e companheiros retornar a utilizar os seus nomes de solteiros. Todavia, mesmo podendo tornar a utilizar nomes de solteiro, não é permitido a mulher corrigir o seu nome na certidão de nascimento do filho, se existir, dentre outros casos.

Portanto, infere-se que as notáveis transformações na família brasileira foram responsáveis por emergir a autonomia feminina, contudo, apesar de todas as conquistas adquiridas até o momento, ser mulher contemporânea, ser esposa, ser mãe, ser filha, ser uma profissional bem sucedida, é, tão somente, somar responsabilidades e “acumular funções”, uma vez que a imagem feminina é culturalmente vinculada ao lar, e a disseminação da educação voltada para a casa e família é “esquecida” de ser dada ao homem, perpetuando, por vezes inconscientemente, uma cultura machista e patriarcal. Independentemente de as mulheres contemporâneas estarem inseridas no mercado de trabalho como os homens, a elas são incumbidas uma jornada dupla: seu ambiente de trabalho e seu lar.

Por fim, ser uma mulher contemporânea é ser uma mulher de sólida personalidade e grande habilidade para viver, é ser consciente de que as exigências lhes são maiores, que a busca pela sua autossuficiência e a luta pela equidade de gênero são diárias, é ser decidida, batalhadora, ser amiga de si mesma, e ser forte para ser quem quiser.

6 CONCLUSÃO

Não existe uma cultura universal, não existe uma cultura única na cultura predominante local, e não há pretensão em tornar a cultura algo homogêneo, pois os direitos culturais são direitos humanos e a beleza das culturas é a sua diversidade. Entretanto, resistir à evolução cultural, que é um fenômeno natural, significa retroagir.

A resistência na naturalização ocorre da não absorção pelo contexto cultural local, e isso é decorrente de questões culturais, históricas e sociais por parte da cultura

predominante. A Hermenêutica Diatópica argumenta que os *topoi* de uma determinada cultura são imperfeitos e incompletos, porém a lacuna cultural nunca é visível de dentro da cultura, somente de um olhar de fora.

Observando esse argumento, compreende-se a razão da reprodução de pensamentos machistas e patriarcais na cultura brasileira, por vezes inconscientes: A perpetuação da educação voltada ao lar para as mulheres brasileiras acontece porque a educação reflete a sua sociedade, e a sociedade brasileira tem suas raízes em uma cultura machista e patriarcal. De igual modo, apesar das evoluções culturais e legislativas, há resistência na aplicação, consolidação e naturalização do direito adquirido pelas mulheres brasileiras após anos de luta. Ou seja, mesmo com a evolução considerável da legislação, os julgados e decisões acabam por reproduzir valores retrógrados, tornando difícil a aplicação dos avanços legislativos e a igualdade de gênero na conjuntura familiar. Todavia, esse comportamento não é observado pela cultura dominante, somente por culturas diferentes e/ou subculturas que não compartilham do mesmo pensamento.

Por intermédio da interpretação extensiva surge a tese da aplicação da Hermenêutica Diatópica como instrumento necessário para a real efetivação e naturalização dos direitos das mulheres na sociedade brasileira.

Partindo do pressuposto que o objetivo da Hermenêutica Diatópica é um diálogo intercultural para que seja encontrada uma pauta mínima realizável, e o caráter diatópico da hermenêutica surge com o objetivo de expandir a consciência cultural com relação as lacunas culturais existentes através de um diálogo expansível, interpretando de forma extensiva, subculturas são grupos com características próprias dentro da cultura local, logo, elas dialogam extensivamente com culturas dominantes e são capazes de internamente criar consciência e depois alcançar outras culturas.

Saindo do plano teórico, o diálogo extensivo entre subculturas e culturas dominantes pode ser interpretado como diálogos entre a geração mais jovem com a anterior, cabendo aos filhos dialogar com os pais, tios e outros familiares a respeito da perpetuação do discurso e da educação machista, naturalizando a prática referente aos direitos adquiridos pela mulher e a igualdade de gênero no âmbito familiar. Questionar, mostrar, combater assuntos controvertidos são etapas necessárias para que ocorra uma educação e evolução cultural. E esse tipo de diálogo extensivo no

âmbito familiar é de suma importância, pois a família é a base de do viver em sociedade.

REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia. Gênero e Família em uma Sociedade Justa: Adesão e crítica à imparcialidade no debate contemporâneo sobre justiça. **Revista de Sociologia Política**, América Latina, v. 18, n. 36, p. 51-65 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/238/23816091005/>>. Acesso em: 22 set. 2018.

BOTTOMORE, Tom (Org.). **Dicionário do Pensamento Marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 705 p. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2543654/mod_resource/content/2/Bottomore_e_dicion%C3%A1rio_pensamento_marxista.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRANDÃO, Lucas. **A herança de Karl Marx e Friedrich Engels**. 2017. Disponível em: <<https://www.comunidadeculturaearte.com/a-heranca-de-karl-marx-e-friedrich-engels/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL, Decreto Legislativo 4377/2002, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial da União**. Brasil, p. 4, 13 set. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL, Decreto Legislativo 485/2006, de 22 de dezembro de 2006. Aprova o texto da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, celebrada em Paris, em 20 de outubro de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasil, p. 14, col. 1, 22 dez. 2006. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=14&data=22/12/2006>>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2018

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 3.071, de 01 de jan. de 1916. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, p. 1-186, jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 4.121, de 27 de janeiro de 1962. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002: Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Estatuto da Mulher Casada**. Brasília, p.1-6, ago. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 03 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 6.515, de 26 de dez. de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Lei do Divórcio**. Brasília, p. 1-9, dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 03 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 10,406, de 10 de jan. de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil de 2002**. Brasília, p. 1-186, jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Emenda Constitucional n. 66**, de 13 de jul. de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, p. 1-2, jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio**: síntese de uma campanha em defesa da família. São Paulo: Editora Lampião, 1977, p. 25.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

EMAGIS. **A Hermenêutica Diatópica como afirmação dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.emagis.com.br/area-gratuita/artigos/a-hermeneutica-diatopica-como-afirmacao-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

JABLONSKI, Bernardo. **A Divisão de Tarefas Domésticas entre Homens e Mulheres no Cotidiano do Casamento**. Rio de Janeiro: 2010. 262 f. Artigo (Doutor em Psicologia Social) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v30n2/v30n2a04>>. Acesso em: 22 set. 2017.

KROHLING, Alosio. Dialética Histórica dos Direitos Humanos Fundamentais e Hermenêutica Diatópica. **Campo Jurídico - Revista de Direito Agroambiental e Teoria do Direito**. Barreiras, v. 1, n. 2, p. 195-214 out. 2013. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/31/26>>. Acesso em: 27 set. 2017.

LUCAS, Ilana Diôgo. **Cultura**. Natal: UNI-RN, 2018. Anotações da aula sobre Cultura. (Notas de aula).

OLIVEIRA, Mainara Gomes Sales de; TERESI, Verônica Maria. **Convenção da Mulher: Incorporação no Brasil e influência da sociedade civil.** 20 f. 2017. Artigo Científico (Graduação em Relações Internacionais) - UniSantos, Santos, 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/download/761/642>>. Acesso em: 01 out. 2018.

ONU, Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução n. 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SAMORA, Josué de Sousa. **A escola como campo de disputa da classe trabalhadora.** 2012. 10 p. Artigo Científico (Pós-graduando PPGE) - Universidade Federal Fluminense, [S.l.], 2012. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2012/trabalhos/Josue%20Sousa.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, p. 23 jun. 1997.

O ASSÉDIO SEXUAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E SUA RELAÇÃO COM A DESIGUALDADE SALARIAL DE GÊNERO

Tatiana Vieira de Almeida¹

Marcelo Maurício da Silva²

RESUMO

A presente pesquisa visou compreender como o assédio sexual sofrido no meio ambiente de trabalho pode interferir na igualdade salarial entre homens e mulheres. Além disso, de maneira específica, objetivou entender de que modo o assédio sexual relaciona-se com práticas discriminatórias no trabalho e analisar as possíveis consequências desses atos nas carreiras das mulheres. Para tanto, fez-se uma análise de uma pesquisa realizada nos Estados Unidos que estabelece um encadeamento entre o assédio sexual e o estresse financeiro sofrido pela vítima nos anos seguintes, bem como estabeleceu-se uma caracterização do assédio sexual como ato discriminatório – à luz de diversos ordenamentos jurídicos internacionais. A metodologia empregada para a realização deste trabalho se deu a partir de pesquisas bibliográficas acerca do Direito do Trabalho, Direito Internacional e Sociologia do Trabalho, além de apreciações legislativas, por meio do método de abordagem indutivo, utilizando-se principalmente dos métodos de procedimento comparativo e estatístico. Como resultados, verificou-se que, de diversas formas – seja pelo abandono da carreira, diminuição de jornada de trabalho, discriminação para com a vítima, etc. – o assédio pode acarretar na desigualdade salarial de gênero, sendo responsabilidade do empregador preveni-lo e puni-lo.

Palavras-chave: Assédio sexual. Meio ambiente de trabalho. Discriminação. Desigualdade salarial de gênero.

THE SEXUAL HARASSMENT IN THE WORK ENVIRONMENT AND ITS RELATION WITH THE GENDER WAGE INEQUALITY

ABSTRACT

The present research aimed to understand how sexual harassment suffered in the work environment could interfere in the wage equality between men and women. Besides, the specific objectives were to understand how sexual harassment relates to discriminatory

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, e-mail: tatianavalmeida@outlook.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, e-mail: marcelomauricio@unirn.edu.br

practices at work and to analyze the possible consequences of such acts on women's careers. To do so, we made an analysis of a research conducted in the United States that establishes a link between sexual harassment and the financial stress suffered by the victim in the following years; furthermore, we established a characterization of sexual harassment as a discriminatory act – in light of various international legal systems. The methodology used to perform this work bases on bibliographical research on Labor Law, International Law and Sociology of Labor, in addition to legislative assessments, through the method of inductive approach, using mainly the comparative and statistics procedure methods. As results, it was verified that in several ways – whether by the abandonment of the career, the reducing of working hours, the discrimination against the victim, etc. – harassment can lead to gender pay inequality, and it is responsibility of the employer to prevent and punish it.

Keywords: Sexual harassment. Work environment. Discrimination. Gender wage inequality.

1 INTRODUÇÃO

Conforme já constatou a Organização Mundial da Saúde (NAÇÕES UNIDAS, 2018), o assédio sexual pode ter consequências nocivas para a saúde mental e física. Houle e colaboradores (2011), por exemplo, apontam para a longevidade desses efeitos, pois os alvos de assédio continuam a relatar sintomas depressivos durante quase uma década depois.

Contudo, viu-se que, não obstante a importância indubitável desses aspectos, poucos estudos buscaram estabelecer os impactos financeiros que o assédio sexual pode acarretar na vida da mulher trabalhadora. Nesse sentido, o presente trabalho propôs-se a analisar se existem relações entre o assédio sexual sofrido no meio ambiente de trabalho e a desigualdade salarial de gênero, sendo este seu objetivo geral. Já no que diz respeito aos objetivos específicos, buscou entender de que modo o assédio sexual relaciona-se com práticas discriminatórias no trabalho e analisar as possíveis consequências financeiras desses atos nas carreiras das mulheres.

A problemática norteadora deste artigo surgiu em razão da necessidade de entender as consequências desse repudiável ato para além das sequelas psico-fisiológicas suportadas pela vítima, no afã de tentar conscientizar a população do fato de que o assédio sexual é prejudicial não só para a vítima, mas para a sociedade como um todo. Tanto é que comumente o assédio dá ensejo a ações coletivas – como no caso *Jenson vs. Eveleth Taconite Company*, que será descrito no decorrer deste trabalho.

No que diz respeito à metodologia, adotou-se a pesquisa qualitativa dentro do método de abordagem indutivo, pois partiu-se do estudo de casos individualizados à tentativa de criação de uma regra geral, utilizando-se principalmente dos métodos de procedimento comparativo e estatístico. A pesquisa desenvolveu-se a partir de análises bibliográficas, tanto na doutrina quando em outras modalidades de texto, acerca do Direito do Trabalho, Direito Internacional e Sociologia do Trabalho, numa perspectiva principiológica. Além disso, realizou-se apreciações legislativas dos diplomas nacionais e estrangeiros, bem como de tratados internacionais.

Como principais aportes teóricos, têm-se a pesquisa realizada nos Estados Unidos, intitulada *“the economic and career effects of sexual harassment on working women”*³, a qual é um dos trabalhos pioneiros na tentativa de estabelecer um preço para o assédio sexual na vida da trabalhadora. Além dela, pode-se citar o artigo desenvolvido por Flávio da Costa Higa, publicado pela Revista Direito GV em 2016, que constrói uma tese acerca do Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero como duas faces de uma mesma moeda, e a Tese de Doutorado denominada Contribuições para uma Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho, de Firmino Alves Lima, defendida em 2010 na Universidade de São Paulo.

Devido à relevância teórica e aos dados inovadores que a pesquisa americana encontrou, ela será descrita na primeira seção deste artigo com maior grau de minúcia. Após, faz-se uma série de conceituações necessárias ao bom deslinde do artigo, acerca do meio ambiente de trabalho, do assédio sexual e da discriminação de gênero no trabalho. Em seguida, traçou-se um panorama a respeito da legislação internacional, constitucional e infraconstitucional pertinente ao tema.

Ademais, uma vez estabelecida a relação existente entre o assédio sexual e a discriminação de gênero, passa-se a analisar este último enquanto fenômeno social. Por fim, é construída uma tese sobre como o assédio sexual reflete na desigualdade salarial de gênero, levando-se em consideração os dados e informações levantadas ao longo da pesquisa.

³ Os efeitos econômicos e na carreira do assédio sexual nas mulheres trabalhadoras” (tradução livre).

2 A EXPERIÊNCIA AMERICANA: “THE ECONOMIC AND CAREER EFFECTS OF SEXUAL HARASSMENT ON WORKING WOMEN” (2017)

O presente artigo parte de uma análise da pesquisa realizada nos Estados Unidos da América pelos professores de diferentes universidades americanas, Heather Mclaughlin (Oklahoma State University), Christopher Uggen (University of Minnesota) e Amy Blackstone (University of Maine). A pesquisa foi intitulada “the economic and career effects of sexual harassment on working women⁴” e foi publicada pela revista acadêmica *Gender & Society*, no ano de 2017. Por ser realizada nos EUA tal pesquisa retrata a situação desse país, mas alguns dados podem servir para ler a realidade brasileira.

Vale salientar que, embora o assédio ocorra em uma variedade de contextos institucionais, a pesquisa supracitada foca exclusivamente no assédio sexual sofrido no meio ambiente de trabalho. Outrossim, Blackstone, Mclaughlin e Uggen fazem um levantamento dos principais alvos do assédio sexual, sendo as mulheres que trabalham em ocupações e indústrias dominadas por homens as que experimentam taxas mais altas. Além disso, a probabilidade de assédio também aumenta com a exposição a uma gama mais ampla de funcionários e é maior entre mulheres solteiras mulheres com níveis mais altos de educação e mulheres em posições de autoridade.

Partindo desses pressupostos, o aludido trabalho examina os efeitos e as consequências do assédio sexual para mulheres no início de suas carreiras. Para tanto, o artigo analisou dados de pesquisas e entrevistas do Youth Development Study (YDS), um estudo de corte longitudinal prospectivo⁵ que começou em 1988, quando os participantes eram alunos do nono ano do sistema de escolas públicas de St. Paul, Minnesota, EUA. Um total de 1.139 pais e filhos consentiram em participar do estudo e 1.105 responderam a pesquisas na escola durante o primeiro ano.

Diante de tais dados, no intuito de compreender o contexto do assédio em suas carreiras, foram entrevistadas 33 pessoas do YDS (14 homens, 19 mulheres) dentre aquelas que relataram comportamento de assédio em qualquer trabalho realizado durante ou desde o ensino médio em sua pesquisa de 1999 – o primeiro ano em que

⁴ Os efeitos econômicos e na carreira do assédio sexual nas mulheres trabalhadoras” (tradução livre).

⁵ Acompanhamento de pacientes ao longo do tempo – *follow-up*.

foram feitas perguntas sobre o tema.

Nesse diapasão, os participantes foram indagados sobre suas carreiras, incluindo relacionamentos com colegas de trabalho, explicações sobre transições de emprego e experiências de assédio. As entrevistas foram conduzidas no período entre os anos de 2002 e 2003, quando os participantes tinham entre 28 e 30 anos de idade. Todas as 19 mulheres entrevistadas declararam-se como heterossexuais e, exceto duas, identificaram-se como brancas.

Assim, modelados em face do Inventário de Assédio Sexual (GRUBER, 1992, *apud* BLACKSTONE, MCLAUGHLIN, UGGEN, 2017) e do Questionário de Experiências Sexuais (FITZGERALD et al., 1988, *apud* BLACKSTONE, MCLAUGHLIN, UGGEN, 2017), os itens das entrevistas incluíram toque indesejado; piadas ofensivas, comentários ou fofocas dirigidas a você; piadas ofensivas, comentários ou fofocas sobre os outros; questionamento direto sobre sua vida privada; olhar ou invadir seu espaço pessoal; olhar para você de uma forma que o deixava desconfortável e exposição de fotos, pôsteres ou outros materiais que você achou ofensivos.

Contudo, o assédio sexual grave foi operacionalizado tomando-se como critérios o toque indesejado e/ou o fato do participante ter experimentado quatro ou mais comportamentos de assédio diferentes. Com essa definição, pôde-se assegurar que os comportamentos atendiam às definições legais de assédio sexual no ambiente de trabalho e que o estresse financeiro poderia estar vinculado a experiências de trabalho específicas. Usando esses critérios, os pesquisadores concluíram que 11 por cento das trabalhadoras foram assediadas em 2003.

Além disso, a análise qualitativa da pesquisa procedeu-se em várias etapas. Primeiro foram identificados trechos (dentre as entrevistas transcritas) que ajudaram a contextualizar as descobertas quantitativas. Em seguida, procedeu-se com o reexame de cada transcrição para codificar os resultados tangíveis e intangíveis associados a experiências de assédio. Para mais, codificaram-se todos os fragmentos referentes a ganhos, preocupações econômicas e finanças de maneira geral, tais como faturas e despesas.

Desse modo, na análise dos dados supracitados, viu-se que as mulheres que sofreram toques indesejados ou múltiplos comportamentos de assédio em 2003 relataram um estresse financeiro significativamente maior em 2005. A pesquisa aponta

que parte dessa tensão pode ser causada por interrupções na carreira, já que os alvos de assédio eram especialmente propensos a mudar de emprego.

Assim, constatou-se que 79% das vítimas de assédio, em comparação com 54% das outras mulheres trabalhadoras, iniciaram um novo trabalho em 2004 ou 2005. Em outras palavras, concluiu-se que as mulheres assediadas sexualmente tem 6,5 vezes mais chances de mudar de emprego do que as não assediadas, no prazo de 2 anos.

Destarte, o estudo avaliou se o aumento do estresse financeiro relatado pelas vítimas de assédio pode ser atribuído à maior probabilidade de mudança de emprego. Nessa perspectiva, analisando ondas consecutivas de dados do YDS, pôde-se estabelecer uma clara ordem temporal entre assédio sexual (2003), mudança de emprego (2004-2005) e estresse financeiro (2005). Calculou-se, dessa forma, que 35% do efeito total do assédio sexual no estresse financeiro é mediado pela mudança de emprego.

A pesquisa também fez uma análise acerca das experiências dos homens.

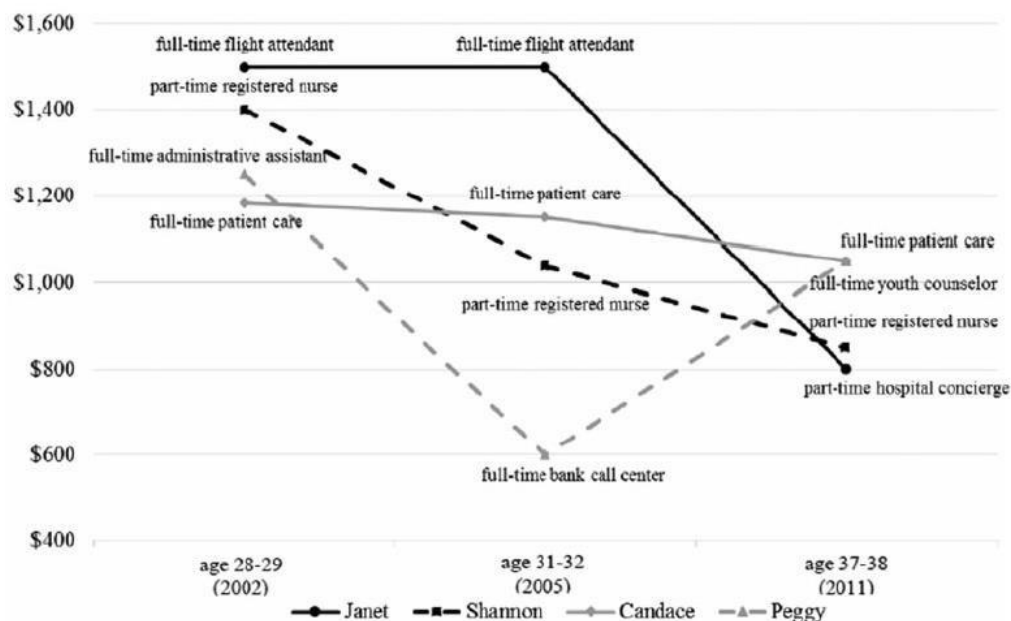
Nesse sentido, Blackstone, Mclaughlin e Uggen (2017, p. 14) apontam:

When men are included in our models, our main findings are largely robust but coefficients are weaker in magnitude. When models are separated by gender, however, sexual harassment in 2003 does not predict men's financial stress. This finding is consistent with research showing that men are likely to obtain relatively high-paying jobs even when their school or work trajectory is disrupted⁶.

Isto posto, usando os dados da pesquisa longitudinal para analisar os históricos de trabalho das vítimas, descobriu-se que a mudança de emprego, a mudança de indústria e a redução das horas de trabalho eram comuns entre as mulheres que sofreram assédio. Assim, embora alguns tenham encontrado uma posição equivalente ou melhor, os ganhos de algumas mulheres caíram drasticamente nos anos seguintes. Para ilustrar esses padrões, o Gráfico 01 mostra as trajetórias de ganhos para quatro participantes do YDS que sofreram assédio em 2003.

⁶ Quando os homens são incluídos em nossos modelos, nossas principais descobertas são amplamente robustas, mas os coeficientes são mais fracos em magnitude. Quando os modelos são separados por gênero, no entanto, o assédio sexual em 2003 não prevê o estresse financeiro dos homens. Essa descoberta é consistente com pesquisas que mostram que os homens provavelmente obterão empregos com salários relativamente altos, mesmo quando sua trajetória escolar ou de trabalho é interrompida. (Tradução livre).

Gráfico 01 – Trajetórias ilustrativas de trabalho das vítimas de assédio sexual⁷.



Fonte: BLACKSTONE, Amy; MCLAUGHLIN, Heather; UGGEN, Christopher. 2017. “**The economic and career effects of sexual harassment on working women**”. *Gender & Society*, Vol 31 N. 3, Jun. 2017.

Outro fator relevante levantado pela pesquisa ora analisada diz respeito à cultura misógina que geralmente permeia o meio ambiente de trabalho. Verificou-se que, embora o assédio sexual seja conceitualmente isolável da discriminação de gênero e do assédio moral no local de trabalho, esses comportamentos frequentemente se sobrepõem na prática. Assim, muitos entrevistados descreveram ambientes de trabalho tóxicos onde o assédio se combinou com outras práticas para legitimar hierarquias organizacionais e excluir mulheres.

Nesse sentido, faz-se referência a diversos casos nos quais as mulheres se viam diante de um dilema: permanecer inertes às práticas discriminatórias e depreciativas com relação às trabalhadoras e, conseqüentemente, ser menos prejudicada no

⁷ Trajetória de Janet: comissária de bordo em tempo integral; comissária de bordo em tempo integral; *conciierge* de hospital em meio período; Trajetória de Shannon: enfermeira em meio período; enfermeira em meio período; enfermeira em meio período; Trajetória de Candace: cuidadora de pacientes em tempo integral; cuidadora de pacientes em tempo integral; cuidadora de pacientes em tempo integral; Trajetória de Peggy: assistente administrativa em tempo integral; *call center* de banco em tempo integral; conselheira juvenil em tempo integral (tradução livre).

emprego; ou contestar as aludidas práticas na tentativa de amenizar as hostilidades, e, assim, correr o risco de demissão ou de estagnação na carreira.

Ainda na perspectiva supra analisada, constatou-se que as mulheres se sentem pouco ou nada confortáveis em denunciar casos de assédio, por dois principais motivos. O primeiro, pelo fato de que uma vez prestada a denúncia, a mulher é desacreditada e passa a sofrer discriminação de diferentes formas por parte dos colegas de trabalho e superiores. O segundo, por dificilmente haver qualquer tipo de punição ou retratação dirigidas/exigidas do empregado(r) assediador.

As histórias de “Pam” e “Hanna” (pseudônimos adotados pelos pesquisadores) ajudam a demonstrar tal problemática. Pam trabalhava no almoxarifado de um banco, onde durante quatro anos foi promovida várias vezes. Porém, após descobrir que um colega de trabalho constantemente a encarava e fazia gestos obscenos em sua direção (além de desenhá-la de maneira erótica), ela deixou o emprego. Desse modo, desapontada com a omissão do empregador e outros colegas de trabalho em reprimir a conduta contra ela perpetrada, afirmou:

“I didn’t want to work for Venture Module. I had no interest in computer hardware whatsoever. And I took the position there because I felt like I had to. I went to a position where I am pretty much solitary. I work by myself. Which is the way that I want it⁸”.

Já para Hanna, a situação foi diferente. Seus colegas de trabalho em uma agência de publicidade na Internet reiteradamente faziam piadas homofóbicas e machistas, enviando e-mails de cunho depreciativo. Embora ela trabalhasse muito, a carreira de Hannah estagnou porque ela recusou-se a participar daquela cultura no local de trabalho. Nesse sentido, ela declarou:

“In the end it was really a bad move for me because I didn’t get promoted, I got passed over all the time because I was seen as like not a team player, because I disengaged⁹.”

⁸ “Eu não queria trabalhar para o ‘Venture Module’. Eu não tinha interesse em *hardware* de computador. E eu assumi a posição lá porque eu senti que eu tinha que fazer isso. Eu fui para uma posição onde eu fico praticamente sozinha. Eu trabalho sozinha. Que é o jeito que eu quero”. (Tradução livre).

⁹ “No final, foi realmente uma má jogada para mim porque não fui promovida, fui passada por cima todo o tempo, porque fui vista não como sendo uma jogadora da equipe, porque eu me desvencilhei.” (Tradução livre).

Apesar de Hanna nunca ter sido diretamente assediada, suas relações com os supervisores e colegas de trabalho enfraqueceram, fazendo ela se sentir fortemente vigiada e suas funções foram reduzidas porque, segundo ela, não era confiada. Ao contrário do caso de Pam, ela não pôde atribuir sua falta de avanço ao corte de vínculos com a empresa. Em vez disso, seus empregadores não estavam dispostos a investir em seu futuro.

Esses casos ilustram o porquê de algumas mulheres optarem por trocar de carreira no lugar de "barganhar com o patriarcado" (KANDIYOTI, 1988, *apud* BLACKSTONE, MCLAUGHLIN, UGGEN, 2017). Viu-se que de fato o assédio sexual e os maus-tratos às mulheres nos locais de trabalho masculinos contribuem para a segregação de gênero e as lacunas na realização profissional da mulher.

Diante de todo o arcabouço de dados quantitativos e qualitativos, os pesquisadores concluíram que existem várias formas de desviar as carreiras das mulheres para além desta mudança inicial de emprego. Em alguns casos, o assédio deixa as vítimas desconfiadas e reclusas, enquanto outras se sentem empurradas para carreiras menos lucrativas, onde acreditam que o assédio sexual e práticas sexistas seriam menos prováveis de ocorrer.

Por fim, a pesquisa aponta que o assédio e a discriminação de gênero refletem a cultura de um local de trabalho ou indústria e que, embora os trabalhadores devam ser alvos diretos em ações judiciais, os resultados apoiam o fato de que as culturas de assédio infligem danos coletivos e difusos privando os trabalhadores de um local de trabalho diversificado e livre de assédio.

3 CONCEITUAÇÕES NECESSÁRIAS

Doravante, faz-se necessário trazer à tona algumas conceituações relevantes para a construção da tese proposta, no que se refere a compreender como o assédio sexual é entendido, traçando uma relação entre esse fenômeno e a discriminação no ambiente de trabalho.

3.1 O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Assim como no recorte realizado na pesquisa analisada no capítulo anterior, mesmo sabendo-se que o assédio sexual se desenvolve nos mais diversos contextos sociais, decidiu-se, no afã de entender as consequências desse ato na vida econômica e profissional das trabalhadoras, direcionar os estudos deste artigo para o assédio sexual sofrido dentro do meio ambiente do trabalho.

Nesse sentido, diante da importância de delinear-se um breve conceito acerca do meio ambiente do trabalho, Medeiros, citando a tese de Rocha (2004, p. 132), defende que:

(...) constitui-se em espaço de concretização das relações de trabalho, sendo na realidade, a noção de um *'locus'* onde se presta o trabalho humano, e requer uma necessária correlação sobre a atividade desempenhada em boas condições de performance de trabalho, bem como sobre os riscos que podem ocasionar efeitos físico, psíquicos e sociais sobre o ser humano trabalhador.

De maneira uníssona ao entendimento supracitado, Novaes e Silva (2015) desdobram uma tese acerca desse instituto, compreendendo que a proteção do meio ambiente do trabalho visa a proteção do próprio trabalhador, incluindo-se sua integridade física, psíquica e moral. Destacam as autoras que cada trabalhador é um ser humano de caráter único, o qual deve ter seus direitos mínimos garantidos e protegidos, não podendo ser visto como mero fator de produção e substituível.

Ademais, a Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 200, inciso VIII, aborda a necessidade de proteção do meio ambiente laboral, conferindo ao sistema único de saúde tal atribuição. Nessa perspectiva, segundo Padilha (2013), uma das interfaces do meio ambiente do trabalho é a saúde pública, sendo assim, não se pode olvidar que o atual conceito de saúde, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), é o de que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade¹⁰”.

Em adição, Padilha (2013) expõe que a correlação direta da proteção da saúde e qualidade de vida do trabalhador ao equilíbrio do meio ambiente, advém da consagração do meio ambiente do trabalho como direito fundamental, pela

¹⁰ Comissão Nacional da Reforma Sanitária, Relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde 1986, Documento I, p. 13.

Constituição Federal. Nesse sentido, a autora defende que toda interpretação das normas referidas ao contexto da saúde do trabalhador no seu ambiente laboral deve respeitar a eficácia irradiante do direito fundamental ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho. Assim, quando em face de várias interpretações possíveis de normas infraconstitucionais sobre o tema, o aplicador do direito deverá optar por aquela que garanta maior eficácia a este direito humano fundamental do trabalhador.

Além disso, o artigo 4º da Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 1.254/94 – trata sobre o tema, aduzindo que:

Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

Ante o exposto, levando-se em consideração que o meio ambiente do trabalho digno, conforme apontam Novaes e Silva (2015), é aquele que dispõe de condições mínimas a serem observadas pelo empregador à proteção da saúde e segurança do trabalhador, fica claro que o assédio sexual rompe a sustentabilidade desse ambiente. Isso porque o assédio traz inúmeros prejuízos psicológicos e possíveis cenários discriminatórios para com a vítima (Fitzgerald et al., 1988).

Não é à toa que Barros (2010) defende que o assédio pode causar acidente ou doença de natureza ocupacional, caso fique provado sua relação de causalidade, além de ferir a dignidade humana, a integridade física e a vida dos trabalhadores.

3.2 O ASSÉDIO SEXUAL E A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO TRABALHO

Dando seguimento às conceituações e esclarecimentos necessários ao bom deslinde deste artigo, cumpre estabelecer como o assédio sexual é definido hodiernamente. Destarte, pode-se citar o conceito elaborado pelo Ministério Público do

Trabalho (MPT), por meio da sua Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade), a qual aduz:

Assédio sexual no ambiente de trabalho é a conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente, por palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual. O assédio sexual viola a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da vítima, tais como a liberdade, a intimidade, a vida privada, a honra, a igualdade de tratamento, o valor social do trabalho e o direito ao meio ambiente de trabalho sadio e seguro. De cunho opressivo e discriminatório constitui violação a Direitos Humanos.

Isto posto, vê-se que o conceito adotado pelo órgão ministerial classifica o assédio sexual como um ato de cunho discriminatório. Conforme será pormenorizado mais adiante, a Convenção n.º 111 da OIT estipula que toda distinção, exclusão ou preferência fundada no sexo ou outros fatores, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade em matéria de emprego ou profissão é ato discriminatório. Sendo assim, o assédio sexual muitas vezes implica em discriminação, o qual pode ter como alvo o trabalhador que pertence a algum grupo minoritário ou vulnerável (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, a Diretiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu¹¹, o Código do Trabalho de Portugal¹² e o Decreto Legislativo 145/2005 da Itália¹³ (v.g.), correlacionam e/ou condicionam o conceito de assédio sexual à discriminação. Para mais, no âmbito latino-americano, a Costa Rica esculpiu na Lei 7.476, de 1995, direcionamentos contra o assédio sexual nos ambientes de emprego e de ensino. A aludida lei, de forma similar às acepções supracitadas, também classifica o assédio sexual como uma discriminação baseada no sexo, fundamentando-se, para tanto, nos

¹¹ Que assim preconiza em seu artigo 3º (BÉLGICA, 2002): “o assédio e o assédio sexual, na acepção da presente diretiva, são considerados discriminação em razão do sexo e são, portanto, proibidos” (tradução livre da autora).

¹² Em seu artigo 29 prevê (PORTUGAL, 2009): “entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. 2 — Constitui assédio sexual o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referido no número anterior”.

¹³ O qual aduz (ITÁLIA, 2005): “também são considerados como discriminação, assédio ou comportamentos sexuais indesejados, expressados na forma física, verbal ou não verbal, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade de uma trabalhadora ou um trabalhador e de criar um clima intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo” (tradução livre da autora).

princípios constitucionais de respeito à liberdade e à vida humana, ao direito ao trabalho e ao princípio da igualdade perante a lei.

Em sentido diametralmente oposto ao da discriminação de gênero, o diploma brasileiro compreendeu o assédio sexual como singela manifestação isolada de indivíduos incontinentes que procuram tirar vantagens luxuriosas de seu alto cargo (HIGA, 2016), a exemplo da tipificação do crime de assédio sexual, previsto no art. 216-A, do Código Penal Brasileiro. A aludida legislação classifica essa prática como o ato de constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Em primeiro lugar, o legislador equivocou-se ao condicionar a conduta apenas a superiores hierarquicamente, em divergência ao entendimento do MPT (BRASIL, 2017), o qual aponta que assédio sexual no trabalho pode ser praticado com ou sem superioridade hierárquica, ou seja, é possível entre colegas ou até mesmo pelo subordinado em face da chefia.

Em segundo lugar, houve falha ao definir-se o tipo penal exclusivamente em função do suposto desejo de o ofensor obter uma recompensa sexual. A satisfação da lascívia mediante extorsão não é o único escopo das investidas sexuais, talvez nem sequer o principal (JAKUTIS, 2006). Muitas vezes a intenção do agressor é puramente discriminatória e constitui violência de gênero no sentido de subjugar a mulher, a partir da criação de um ambiente inóspito no qual o recado que se pretende transmitir, ainda que inconscientemente, é o de que ela deveria permanecer na esfera privada de seu domicílio (HIGA, 2016).

Noutro ponto, em razão da inevitável refutação acerca da possibilidade de homens também serem potenciais vítimas de assédio, cumpre ressaltar que os números (HIGA, 2016 *apud* KAY; WEST 2002) denunciam que dentre os casos de assédio, 90% ocorre de homens contra mulheres, 9% de homens contra homens e apenas 1% de mulheres contra homens. Perante uma realidade tão avassaladora, não há como ignorar o envolvimento da questão de gênero em diversas conjecturas de assédio sexual e, tampouco, quanto ao fato das mulheres serem as vítimas preferenciais.

4 DIREITO POSITIVO PERTINENTE

Uma vez delineada a relação existente entre os dois institutos, faz-se mister apontar as principais normatizações existentes em relação à tal matéria. No âmbito internacional, a partir de sua utilização na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)¹⁴, o termo discriminação passou a ser constantemente mencionado em diversos documentos mundiais, dentre os quais pode-se citar a Convenção Sobre os Refugiados (1951) e a Convenção que criou o Estatuto dos Apátridas (1954).

Progressivamente, outros textos de abrangência global passaram a utilizar a expressão, como a Convenção para Eliminação de Todas as formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) e a Convenção Internacional Sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de Suas Famílias (1990).

Contudo, o documento de maior destaque sobre o tema foi escrito no ano de 1958, pela Organização Internacional do Trabalho, qual seja a Convenção nº 111, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 62.150, de 1968. A aludida convenção constitui uma das normas fundamentais da OIT, conforme a Declaração Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998¹⁵, tendo como conteúdo nuclear a proteção contra a discriminação do trabalho.

Conforme já fora mencionado anteriormente, essa importante convenção conceitua a discriminação como toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. Estabelece, ainda, que qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação (BRASIL, 1968).

¹⁴ Que trouxe tal termo em seu artigo 7º: “Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

¹⁵ Que em seu artigo 2º, prevê: “Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é:

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e
- d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Conforme assinala Lima (2010), trata-se de um conceito pioneiro e, por isso, revela algumas imperfeições, pois ficou restrito a alguns motivos, sendo que vários outros que são comuns na esfera laboral, deixaram de ser abordados. Além disso, não leva em consideração o objetivo do ato discriminatório, mas apenas seu efeito.

Contudo, ainda no entendimento de Lima (2010), em um balanço entre falhas e acertos, o saldo pode ser considerado positivo, ponderando-se o fato de ter sido uma norma pioneira, face a época e o contexto mundial em que foi elaborada. Vale-se salientar que, em termos brasileiros, o conceito de discriminação laboral elaborado pela OIT em sua convenção nº 111 é a melhor norma descritiva sobre essa matéria em vigor no país, apesar de ser cinquentenária (LIMA, 2010).

No que se refere ao contexto nacional, a Constituição Federal, em seu art. 3º, trata a proibição da discriminação como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ao lado de outros extremamente importantes para um Estado social e democrático de direito, como uma sociedade livre e justa, o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais.

Tal proibição reaparece no art. 5º, inciso XLI da carta magna, estipulando que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Ademais, no rol de direitos trabalhistas, o artigo 7º, incisos XXX e XXXI, também asseguram a proteção contra a discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, proibindo qualquer diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, além de proibir expressamente qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

No tocante à matéria infraconstitucional, em 1995 foi sancionada a Lei 9.029, principal lei brasileira sobre a discriminação no trabalho. Tal normativo prevê expressamente a existência de práticas discriminatórias e atos discriminatórios pelos empregadores, apresentando sanções trabalhistas, administrativas e até mesmo penais, contudo, não se preocupou em traçar conceitos acerca de tal fenômeno. Em relação à admissão no emprego, a aludida lei proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Além disso, a Lei 9.799, de 26 de maio de 1999, adicionou o artigo 373-A ao

artigo 373 da Consolidação das Leis do Trabalho, vedando, por serem discriminatórias, as seguintes práticas contra as mulheres por parte dos empregadores:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

5 A DISCRIMINAÇÃO

Dada à íntima relação existente entre o assédio sexual e a discriminação, passa-se a estudar este fenômeno social, caracterizando-o e conceituando-o, e, posteriormente, faz-se um recorte acerca da discriminação de gênero. Com isso, busca-se entender outras possíveis maneiras de como a mulher distancia-se da isonomia salarial em relação aos homens após a ocorrência de um ato de assédio sexual contra ela.

5.1 A DISCRIMINAÇÃO COMO FENÔMENO SOCIAL

Para Jorge Luiz Souto Maior (2002), discriminar é distinguir coisas, pessoas, ideias, em conformidade com suas características próprias e critérios bem definidos. Discriminar é distinguir, não possuindo, portanto, um sentido pejorativo. De acordo com o aludido autor, o problema ocorre quando se faz uma discriminação de pessoas

quando esta distinção não poderia ser feita, ou quando a diferenciação não é feita e ela seria necessária para preservar o princípio da igualdade.

Essa referida diferenciação necessária trata-se da discriminação positiva, que, segundo a autora espanhola Angela Aparisi Miralles (1995), é uma das modalidades de ações positivas ou afirmativas, as quais podem estabelecer uma ruptura do princípio da paridade de tratamento, a fim de conseguir obter um resultado final de real igualdade.

Contudo, sendo o conceito de discriminação negativa mais relevante para o desenvolvimento deste artigo, pode-se analisar a tese construída por Lima (2010, p.37) em sua pesquisa de Doutorado, na qual afirma que:

(...) o primeiro componente que pode ser extraído para uma definição de discriminação, é a existência de um comportamento que importe em trato desigual de pessoas ou grupos de pessoas. A igualdade tem sentido exatamente oposto ao sentido da desigualdade que resulta em diferença. O ato discriminatório traz consigo uma distinção ilegítima que promove diferenças entre duas pessoas ou entre dois grupos.

Para mais, o aludido autor advoga que para ser concretizada uma afirmação de igualdade ou de discriminação, é necessária a existência de uma relação comparativa. Nesse sentido, tal comparação pode ser realizada entre uma pessoa e outra, entre uma pessoa e um grupo ou até entre um grupo e uma pessoa. Assim, faz-se mister a existência de um modelo sobre o qual possa ser estabelecida a relação comparativa.

Esse modelo é chamado de elemento de comparação por Rodriguez-Piñero e Fernández Lopez (1986, p. 47), e, junto ao agente discriminador e à vítima, é um dos três sujeitos que integram a relação discriminatória. Traçando uma caracterização acerca de cada um desses sujeitos, Lima (2010, p. 90) explica que o agente discriminador é o autor, direto ou indireto, do ato discriminatório, sendo o seu sujeito ativo. Possui, portanto, capacidade de praticar determinado ato discriminatório, por ação ou omissão, contra determinada pessoa ou grupo de pessoas.

O agente discriminador não precisa ser, necessariamente, um único. Na esfera trabalhista existem numerosos exemplos que ilustram tal afirmação, como no caso do trabalho terceirizado e na contratação de gestões de recursos humanos externas. Além disso, apesar de o empregador ser o agente mais comum – sem o seu consentimento, mas em decorrência da ausência de uma política interna de prevenção de tais ocorrências – um trabalhador pode sofrer discriminação por parte de um colega de trabalho (a

exemplo do *bullying*¹⁶).

Pode, ainda, ser agente discriminatório o terceiro que, apesar de não integrar a relação de trabalho, nem o quadro de pessoas contratadas pelo empregador ou tomador de serviços, interage direta ou indiretamente com o trabalhador, como os clientes ou contratantes de serviços (LIMA, 2010, p. 94).

Por sua vez, a vítima é toda aquela pessoa que sofreu determinada prática discriminatória, foi privada de um direito ou sofreu tratamento prejudicial diferenciado. Pode ser tanto uma pessoa como também um grupo de indivíduos, e, assim, o ato discriminatório pode receber um foco individual ou coletivo, dependendo do número de vítimas envolvidas. Lima (2010, p. 95) aponta, ainda, para a existência da vítima indireta, a qual por conta de um relacionamento estabelecido com certa pessoa, sofre os efeitos discriminatórios por proximidade ou afinidade¹⁷.

Finalmente, existe a figura do modelo de comparação, sujeito necessário dentro da relação discriminatória. Conforme já fora apontado, por ser a discriminação um ato diferenciador, sua caracterização depende de um ato comparativo, já que a obrigação é o dever do trato igual. Dessa forma, para analisar e constatar tal fenômeno, deve ser escolhido um modelo de comparação, processo este que, segundo Fredman (2002, p. 98), envolve um complexo julgamento de valores, para apontar se as diferenças entre a suposta vítima e o modelo de comparação são relevantes.

Nesse mesmo sentido, Lima (2010, p. 98) afirma que:

O modelo de comparação, necessariamente, deve possuir um vínculo de identidade com a vítima, e ele, em função da situação diferenciadora, poderá ser beneficiado, ao contrário da vítima. O que destacará como condição para figuração como modelo de comparação é que, de algum modo, no ponto que interessa para a atitude desafiada, possam ser comparáveis as situações da vítima e do modelo de comparação, principalmente se o modelo de comparação for beneficiado com a medida. Se não houver essa possibilidade de comparação, este vínculo de identidade, não poderá ser considerada como existente a prática discriminatória.

¹⁶ Yamada (2009, p. 531) aponta como melhor definição para o *bullying* no trabalho aquela formulada por Gary Namie e Ruth Namie, como os repetidos maus tratos de caráter intencional e com riscos à saúde praticados por um ou mais empregados.

¹⁷ Como por exemplo uma empregada doméstica cujo cônjuge ou filho tenha sido detido ou condenado criminalmente, e é dispensada ou sofre represálias por parte de seu empregador após ele ter conhecimento de tal informação.

Portanto, o importante dentro do estabelecimento dentro da relação comparativa é firmar que, em relação à vítima, houve tratamento diferenciado, baseada no mesmo critério. Em não havendo uma pessoa que apresente as características necessárias para figurar como modelo de comparação, figuras como o cidadão médio podem auxiliar.

Visto isso, passa-se a sumarizar os efeitos do ato discriminatório, estudo que se mostra relevante por permitir detectar a existência de uma prática discriminatória, além de avaliar sua extensão e gravidade. Destarte, pode-se – a título exemplificativo – citar o prejuízo na fruição de direitos e a diferença de tratamento e como os principais efeitos desse fenômeno.

Dessa forma, é notório que todo ato discriminatório deve resultar em um prejuízo à vítima – fator diferencial para às supramencionadas ações afirmativas, as quais resultam em medidas de equiparação. Nessa perspectiva, Rodriguez-Piñero e Fernández Lopez (1986, p. 74) ressaltam que esse tratamento pejorativo pode se manifestar de diversas formas, citando a privação de um direito, sua redução ou o seu não reconhecimento como exemplos.

Noutro ponto, decorre também da discriminação uma diferença de tratamento, que importa na possibilidade de conceder ou negar um ou mais direitos a uma determinada pessoa, ou mesmo a imposição de obrigações sobre ela (VIERDAG, 1973, p. 44). Além disso, Mariz Barbera (1991) citada por Lima (2010, p. 104), ressalta que:

A discriminação não somente causa uma desigualdade de tratamento, mas também é uma conduta que produz uma desigualdade de oportunidades. (...) A conduta discriminatória é coincidente com um procedimento de redistribuição de chances entre os sujeitos avantajados e os sujeitos discriminados, ou seja, a discriminação é um processo que transversalmente retribui, de modo desigual, as oportunidades de acesso a determinado bem.

Cumprido ressaltar que a depender do ordenamento jurídico interno de cada país, ou mesmo considerando-se as normas elaboradas pela Organização das Nações Unidas acerca da discriminação, é comum o apontamento dos dois efeitos mencionados, com maior ou menor grau de minúcia, mas sempre destacando a prejudicialidade desse fato.

Por fim, num recorte à esfera trabalhista, vê-se na lição de Eduardo Caamaño Rojo (2005, p. 101) que um ato discriminatório pode se desenvolver em qualquer das etapas contratuais. Na chamada fase pré-contratual, quando se verifica a seleção de

pessoal e se cuida dos atos preparatórios destinados a fixar o conteúdo e o alcance dos direitos e obrigações que decorrerão do contrato de trabalho que se pretende celebrar; durante a vigência da relação de emprego ou no momento da rescisão do contrato de trabalho.

5.2 A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

Conforme analisam Simões e Melo (2016), é com a divisão sexual do trabalho que observa-se o maior exemplo de discriminação e injustiça social cometida contra as mulheres. Segundo as autoras, as posições oferecidas às mulheres no mercado de trabalho, muitas vezes em função da estrutura física, ratificadas pela família e pela ordem social que as reproduzem, caracterizam-se como tarefas ditas femininas.

Não obstante, Bourdieu (1999, p. 72-73) enfatiza que o próprio conceito daquilo que a sociedade convencionou chamar de “vocação” acaba por reproduzir a assimetria sexual das atividades laborais, e as mulheres naturalmente reproduzem essas “tarefas subordinadas ou subalternas que lhes são atribuídas por suas virtudes de submissão, de gentileza, de docilidade, de devotamento e de abnegação”.

Dentro desse contexto, Hirata *et al.* (2003) aduz que:

A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo; esta forma é adaptada historicamente e a cada sociedade. Ela tem por características a destinação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apreensão pelos homens das funções de forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares, etc...).

Nesse passo, a discriminação da mulher no mercado de trabalho é socialmente forjada e surge historicamente legitimada por um conjunto de leis biológicas e de mercado, consolidada nas relações de gênero (KOGA, 2004). Por outro lado, a supracitada autora reflete que não é a divisão sexual do trabalho em si que cria a subordinação e a desigualdade das mulheres no mercado de trabalho, sendo responsável apenas por recriar uma subordinação existente também em outras esferas sociais. Nessa perspectiva, a divisão sexual do trabalho estaria inserida na divisão sexual da sociedade com uma evidente articulação entre trabalho de produção e reprodução.

Ante o exposto, tomando-se como base os dados coletados na pesquisa realizada por Paschoalino, Plassa e Santos em 2015 – intitulada Discriminação de Gênero no Mercado de Trabalho Brasileiro: uma análise para o ano 2015 – pode-se observar como a discriminação de gênero ainda repercute na desigualdade salarial entre homens e mulheres. A base de dados utilizada no aludido trabalho foi a Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios do ano 2015 (PNAD, 2015), que possui abrangência nacional e é realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) sobre pessoas e domicílios.

Nesse sentido, os pesquisadores observaram que:

Mediante a decomposição de Oaxaca-Blinder¹⁸ é possível afirmar que o logaritmo da média do salário- hora dos homens é superior ao das mulheres e a diferença total entre os gêneros é de 13%, favorecendo os homens. Também é possível afirmar que o efeito ‘característica’ age no sentido de diminuir a diferença salarial entre os gêneros e que por outro lado, o efeito ‘discriminação’ responde por grande parte da diferença salarial.

Cabe mencionar que o efeito discriminação respondeu por 20,09% da diferença salarial entre homens e mulheres. Concluíram os autores, ante a análise matemática dos coeficientes estudados, pela possibilidade de afirmar-se que grande parte dos diferenciais de salários entre os gêneros deve-se à discriminação no mercado de trabalho.

6 O ASSÉDIO SEXUAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E SUA RELAÇÃO COM A DESIGUALDADE SALARIAL DE GÊNERO

Conforme foi abordado anteriormente, a divisão sexual do trabalho enseja disparidades, e, corriqueiramente, discriminação para com as mulheres no mercado de trabalho. As marcas deixadas pela cultura patriarcal e machista tanto na sociedade quanto nas normas brasileiras, dificultam a modificação de tal cenário. A título exemplificativo, pode-se citar o art. 446 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o

¹⁸ Método de decomposição que explica a diferença salarial média pela soma de dois componentes: diferença na média dos atributos específicos de cada grupo e a diferença na taxa de retorno ou produtividade estes atributos.

qual esteve em vigor até 1989, cujo parágrafo único outorgava ao marido a prerrogativa de pleitear judicialmente a rescisão do contrato de trabalho quando a sua continuação fosse “susceptível de acarretar ameaça aos vínculos da família ou perigo manifesto às condições peculiares da mulher” (BRASIL, 1943), ou seja, prejudicasse os afazeres domésticos da trabalhadora.

Para além disso, verificou-se que essa cultura também materializa-se por meio do assédio sexual, o qual mina a autoridade das mulheres no local de trabalho, as reduz a objetos sexuais e reforça os estereótipos sexistas sobre o comportamento apropriado de gênero. Por um lado, não se pode olvidar do caráter atentatório contra os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade que reveste o assédio sexual.

Nessa perspectiva, a OMS (NAÇÕES UNIDAS, 2018) esclarece que a violência sexual, mais especificamente o assédio sexual, pode ocasionar consequências comportamentais, sociais e de saúde mental, como por exemplo depressão, transtorno por estresse pós-traumático, ansiedade, dificuldade para dormir, comportamento suicida, transtorno de pânico, dentre outros.

Dado a esses sérios efeitos à saúde, incluindo raiva e insegurança (que provavelmente influenciam as futuras experiências de emprego das vítimas – HOULE, *et al.*, 2011), não é de surpreender que o assédio sexual afete os resultados imediatos do trabalho, como a redução da satisfação no trabalho, absentismo aumentado e/ou afastamento do emprego e deterioração das relações com os colegas de trabalho (GRUBER, BJORN, 1982 *apud* BLACKSTONE, MCLAUGHLIN, UGGEN, 2017).

Por outro lado, apesar da indubitável importância de tratar sobre esse tipo de efeitos, percebe-se que pouco se discute acerca das consequências do assédio sexual na carreira e vida financeira da vítima, fatores de semelhante relevância para a garantia da existência digna do ser humano. Nesse contexto, a pesquisa americana analisada na seção 1 deste artigo é uma das pioneiras em tentar estabelecer um preço para o assédio sexual.

Conforme fora visto, a pesquisa realizada por Mclaughlin, Uggen e Blackstone em 2017 mostra que como muitas vítimas deixam seus empregos em vez de continuar em um ambiente de trabalho hostil, o assédio sexual pode trazer consequências a longo prazo para as carreiras das mulheres. Destarte, constatou-se que as chances de uma

mulher que foi vítima de assédio deixar seu emprego nos dois anos seguintes à ocorrência são 6,5 vezes maiores em comparação com uma mulher que não passou pelo mesmo.

Além disso, viu-se que a mudança de emprego é responsável por 35% dos efeitos totais do assédio sexual sobre o estresse financeiro suportado pela vítima. Ocorre que, apesar de não necessariamente a troca de emprego representar diminuição salarial, nos casos de assédio sexual as vítimas não raro optam por mudar de ramo para aqueles dito femininos – onde as chances de um novo assédio são supostamente menores – ou onde possam trabalhar sozinha, pouco importando que neles haja menor remuneração.

Descobriu-se, ainda, que a mudança de emprego, a mudança de indústria e a redução das horas de trabalho eram comuns entre as mulheres que sofreram assédio. Assim, embora algumas trabalhadoras tenham encontrado uma posição equivalente ou melhor, os ganhos de outras caíram drasticamente nos anos seguintes, conforme observou-se no Gráfico 01. Nele é possível observar que três das quatro trajetórias descritas apresentaram redução de cerca da metade dos rendimentos das mulheres ilustradas.

Dessa forma, resta demonstrado como tais fatores ensejam a disparidade salarial entre homens e mulheres – considerando, para tanto, como já foi anteriormente demonstrado, a nítida questão de gênero que circunda essa problemática.

Outrossim, como já fora elucidado, o assédio sexual pode ser considerado como prática discriminatória, sendo conceituado dessa maneira em diversos ordenamentos jurídicos. Contudo, apesar das normas nacionais e internacionais que visam a não-discriminação, é notório que o Direito não resolveu tal problemática, haja vista que inúmeros casos de assédio sexual são notificados diariamente ao redor do mundo. Quando recorta-se à realidade brasileira, a cada hora um novo caso é levado à justiça do trabalho, numa crescente de 12% entre os anos de 2015 e 2017, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho (COSTA, 2018).

Nesse diapasão, tendo em conta os dados da pesquisa já descrita anteriormente – Discriminação de Gênero no Mercado de Trabalho Brasileiro: uma análise para o ano 2015 – vê-se que para além dos fatores já mencionados (levantados pela pesquisa americana), o simples fato de o assédio sexual ser um ato discriminatório, também

desponta como um causador da desigualdade salarial de gênero. Isso porque, conforme aponta a pesquisa, 20,09% dessa diferença salarial se dá em decorrência da discriminação de gênero.

Um dos casos de maior destaque que demonstram tal problemática é o de *Jenson vs. Eveleth Taconite Company*, decidido pela Justiça Federal norte-americana na década de 90. Em meados dos anos 70, Lois Jenson começou a trabalhar nas jazidas de ferro da aludida empresa, e, juntamente com outras mulheres, ouvia de forma constante comentários por parte de seus colegas no sentido de que ela não pertencia às minas, estava roubando o emprego dos homens e deveria permanecer em casa.

Além disso, os homens espalharam material pornográfico nos veículos, elevadores, vestiários e armários femininos, refeitórios etc. Não bastasse o abuso verbal e visual, elas também foram fisicamente molestadas com toques, beijos e apalpadas indesejadas, além de casos mais graves como a tentativa de fazer sexo oral nas mulheres enquanto elas dormiam. Diante das constantes pressões dos companheiros de trabalho sob a indiferença do empregador, ela se demitiu no início de 1992, tendo sido diagnosticada, logo em seguida, com estresse pós-traumático e depressão reativa.

Inconformada, em 1988 Lois Jenson ajuizou uma ação que foi certificada como uma ação coletiva. Na primeira parte do julgamento, em 1992, decidiu-se que a empresa falhou ao não tomar providências contra a discriminação. Na fase de quantificação dos danos, em 1995, o perito arbitrou uma média de US\$ 10.000,00 de indenização para cada vítima. O julgamento foi revertido pela Corte de Apelações do Oitavo Circuito no final de 1997, com a designação de novo júri para mensurar a indenização. Ao final de 1998, pouco antes do início do julgamento, quinze mulheres fizeram acordo com o empregador pelo valor global de US\$ 3.500.000,00.

Tal precedente ganhou notoriedade pelo fato de ter sido a primeira ação coletiva por assédio sexual nos Estados Unidos. Mas a relevância acadêmica deveu-se, conforme analisa Higa (2016), ao fato de a Corte ter reconhecido o assédio sexual como uma manifestação discriminatória por criar uma atmosfera de intimidação, bem como por ter acolhido a possibilidade da prática pelos colegas de trabalho sem ascensão hierárquica, duas singularidades completamente desprezadas pelo Código Penal brasileiro.

7 CONCLUSÃO

Como não é natural ao ser humano ceder qualquer fragmento de sua soberania cordialmente, a repulsa à companhia feminina no ambiente de trabalho também se manifesta por meio de condutas ilícitas pautadas pela conotação sexual, no afã de criar uma atmosfera de hostilidade e intimidação. Nesse contexto, o assédio sexual surge, em diversas oportunidades, como expressão da violência de gênero, estratégia arditamente empregada para que as mulheres curvem-se diante dos instrumentos de força (HIGA, 2016).

Assim sendo, verificou-se que as consequências desse ato na vida da mulher trabalhadora vão além dos efeitos psico-fisiológicos que geralmente o acompanham, afetando sua carreira e vida financeira. Numa análise extensiva, tal fato repercute na desigualdade salarial de gênero, pois as mulheres encontram-se em situação desigual em relação aos homens, por serem as vítimas quase exclusivas desse tipo de violência. Destarte, seja pelo abandono do emprego no qual ocorreu o assédio, pela diminuição da jornada, pela discriminação sofrida ou, ainda, pela repressão sofrida ao tentar lutar contra esse tipo de prática, sucede-se o dito estresse financeiro na carreira da trabalhadora.

Tal fato apenas comprova que a necessidade de combater os atos de assédio sexual em todos os campos, mas principalmente no ambiente de trabalho, é de essencial relevância na busca por iguais condições de vida e existência tanto para homens quanto mulheres. A perpetuação da conivência dos empregadores ou até colegas de trabalho para com tais práticas demonstra descaso para com a condição da mulher trabalhadora.

Diante disso, faz-se mister esclarecer de que formas o empregador pode diligenciar no sentido de diminuir ou abolir tal prática, levando-se em consideração que proporcionar um meio ambiente de trabalho livre de qualquer tipo de assédio é seu dever e obrigação. Assim, tomando como base a cartilha desenvolvida pelo MPT em parceria com a OIT (BRASIL, 2017), pode-se citar a criação de canais de comunicação eficazes e com regras claras de funcionamento, apuração e sanção de atos de assédio, que garantam o sigilo da identidade do denunciante; a inclusão do tema do assédio sexual na semana interna de prevenção de acidentes de trabalho e nas práticas da

Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA); a inclusão regras de conduta a respeito do assédio sexual nas normas internas da empresa, inclusive prevendo formas de apuração e punição; a negociação com os sindicatos da categoria cláusulas sociais em acordos coletivos de trabalho para prevenir o assédio sexual, dentre outros.

Ademais, é importante ponderar que os meios para a manutenção do trabalho são tão relevantes quanto as formas de inserção nele. Por conseguinte, é direito fundamental do trabalhador que entra em um local de trabalho permanecer e sair dele tão íntegro, capaz e sadio quanto chegou. No que diz respeito à mulher, é necessário ter noção de que as desigualdades e a discriminação não estão na pessoa da mulher, mas no que a rodeia, no local em que trabalha e na sociedade em que está inserida. Cumpre ressaltar que deixar de considerar o assédio sexual como uma prática corriqueira, parte da rotina das organizações de trabalho é emergencial. A cultura que alimenta o estupro é a cultura que alimenta o assédio. Ver a mulher como objeto e seu corpo como propriedade masculina é algo incompatível com princípios da não-discriminação, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e prejudica sobremaneira a igual oportunidade de acesso e de manutenção de emprego (BRASIL, 2017).

Por fim, espera-se que a partir da elucidação da tese aqui construída acerca da relação entre o assédio sexual e a desigualdade salarial de gênero seja possível revestir a discussão acerca do tema de ainda mais seriedade e compromisso. Enquanto existirem vítimas dessa prática, além de todos os males daí inerentes, a luta pela mudança dessa realidade deve permanecer.

REFERÊNCIAS

BARROS, Nilson José Gomes. **Assédio moral como acidente de trabalho no meio ambiente laboral**. Belém, 2010. 200 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2010. Programa de Pós- Graduação em Direito.

BÉLGICA. 2002. **Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002**. Journal officiel n. L 269 du 5/10/2002, p. 0015-0020. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/?uri=celex%3A32002L0073>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BLACKSTONE, Amy; MCLAUGHLIN, Heather; UGGEN, Christopher. 2017. “**The economic and career effects of sexual harassment on working women**”. *Gender & Society*, Vol 31 N. 3, Jun. 2017.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Presidência da República. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. **Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999**. Presidência da República. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19799.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Ministério Público do Trabalho. **Assédio Sexual no Trabalho: perguntas e respostas**. Brasília: MPT, 2017.

_____. Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. **Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão**. Brasília, DF.

_____. Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994. **Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981**. Brasília, DF.

COSTA, Daiane. Assédio Sexual no Trabalho: um caso por hora é levado à justiça no Brasil. **O Globo**, Rio de Janeiro, 25 mar. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/assedio-sexual-no-trabalho-um-caso-por-hora-levado-justica-no-brasil-22519800>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

COSTA RICA. **Ley n. 7476, de 3 de febrero de 1995, contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/40119/64952/S95CRI01.htm>> Acesso em: 18 set. 2018.

FITZGERALD, Louise, et al. 1988. **The incidence and dimensions of sexual harassment in academia and the workplace.** Journal of Vocational Behavior 32:152-75.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination law.** Oxford: Oxford University Press, 2002.
HIGA, Flávio da Costa. **Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda?** Rev. Direito GV [online]. 2016, vol.12, n.2, pp.484-515. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201620>>. Acesso em: 10 set. 2018.

HIRATA, Helena, et al. **Divisão Sexual do Trabalho e Relações Sociais de Sexo.** Dictionnaire critique du féminisme. Ed. Presses Universitaires de France. Paris, 2000.

HOULE, Jason N., et al. 2011. **The impact of sexual harassment on depressive symptoms during the early occupational career.** Society and Mental Health 1:89- 105.

ITÁLIA. 2005. **Decreto Legislativo 30 maggio 2005, n. 145.** Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/05145dl.htm>>. Acesso em: 18 set. 2018.

JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação no Trabalho: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos.** São Paulo: LTr, 2006.
KOGA, Patrícia Fukuda. **Práticas Discriminatórias Contra o Trabalho da Mulher.** Curitiba: 2004. 61 f. Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

LIMA, Firmino Alves. **Contribuições para uma teoria da discriminação nas relações de trabalho.** 2010. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi: 10.11606/T.2.2010.tde- 01082011-160922. Acesso em: 18 set. 2018.

MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira. **Saúde mental e o Direito: ensaios.** São Paulo: Método, 2004.

MIRALLES, Angela Aparisi. **Discriminación y derecho a la igualdad: Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad.** Anuario de Filosofía Del Derecho XII, 269-300, 1995.

NAÇÕES UNIDAS no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-aborda-consequencias-da-violencia-sexual-para-saude-das-mulheres/>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

PADILHA, Norma Sueli. **Meio Ambiente Do Trabalho: um Direito Fundamental do Trabalhador e a Superação da Monetização do Risco.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, n. 4, Brasília, v. 79, out/dez 2013.

PORTUGAL. 2009. **Código do Trabalho**. Disponível em: <dre.pt/pdfs/2009/02/03000/0092601029.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

RESNIK, Judith. 2004. **The Rights of Remedies**: Collective accountings for and insuring against the harms of sexual harassment. In *Directions in sexual harassment law*, edited by Catharine A. MacKinnon and Reva B. Siegel. New Haven, CT: Yale University Press.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel; FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. **Igualdad y discriminación**. Madrid: Tecnos, 1986.

ROJO, Eduardo Caamaño. **El derecho a la no discriminación en el empleo**. Santiago: LexisNexis, 2005.

SILVA, Leda Maria Messias da; NOVAES, Milaine Akahoshi. **Dumping Social e Dignidade do Trabalhador no Meio Ambiente de Trabalho**: propostas para a redução da precarização. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 4, n. 43, p. 22-39, ago. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/89993>>. Acesso em: 10 set. 2018.

SIMÕES, Ana Paula Arrieira; MELLO, Kauana Andriele de. **A Discriminação de Gênero no Ambiente de Trabalho**: Particularidades e Efeitos o Assédio Moral Contra as Mulheres. XII Seminário Internacional – demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação**. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 2, p. 97-102, abr./jun. 2002.

VIERDAG, Egbert. **The concept of discrimination in international law**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1973.

YAMADA, David C. 2009. **Human Dignity and American Employment Law**. *University of Richmond Law Review*, Vol. 43, p. 523, 2009; *Suffolk University Law School Research Paper No. 08-36*. Acesso em: 27 out. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1299176>>.

PARAÍSO PERDIDO: ESTUDO SOBRE LITERATURA E DIREITO

Carlos Henrique Medeiros Costa

RESUMO

Este artigo almeja encontrar a posição que pode ser ocupada pelos estudos literários no curso de Direito. Com esse objetivo, é feita uma análise de como a doutrina brasileira trata as fontes do direito e ao fazê-lo, como um ponto de vista literário pode ser colocado nesse campo do conhecimento. Procedendo para um panorama histórico de como o viés literário foi utilizado especialmente na Antiguidade Clássica e no medievo. Então culminando no exame da maneira que *Paraíso Perdido*, como exemplo, provê uma perspectiva ainda mais profunda sobre os escritos políticos de Milton, da mesma forma que por si só conseguiria apontar a mesma perspectiva. Para finalmente concluir a possibilidade de ser utilizada por juristas, pois ela, a literatura pode fornecer um olhar único sobre hermenêutica e Direito.

Palavras-chave: John Milton. Paraíso perdido. Hermenêutica. Fontes do direito.

LOST PARADISE: STUDY ON LITERATURE AND LAW

ABSTRACT

This article longs to find the position that can be occupied by literary studies on Law School. With that in aim, it's made an analysis on how the brazilian doctrine deals with sources of law and by doing this how can a literary point of view be asserted in that field of knowledge. Proceeding to an historical landscape of how it was used especially on the classical and medieval eras. Thus culminating on an exam of how *Paradise Lost*, as an example, provides a deeper still perspective of Milton's political writings, withal it as a standalone work delivers fully the same outlook. To finally conclude its possibility to be used by jurists as literature can supply an unique look into hermeneutics and Law.

Keywords: John Milton. Paradise lost. Hermeneutics. Sources of law.

1 INTRODUÇÃO

O problema embatido aqui é ampliação do horizonte hermenêutico do jurista a partir do viés literário, óbice que atualmente encontra sua raiz no paradigma jurídico do século XX. A teoria do jurista austríaco Hans Kelsen (1986) presume que as normas de direito possuem coesão entre si, no entanto, o fundamento delas muitas vezes não é

encontrado no próprio Direito, mas em outras áreas do saber visto que as normas não são por si explicáveis. Logo, uma interpretação meramente normativa em determinadas situações nunca será suficiente para um jurista compor sua “moldura hermenêutica” (imagem utilizada por Kelsen).

Visando imergir no problema, inspira-se em pensamentos, dentre outros, do professor e jurista potiguar Américo de Oliveira Costa, da mesma forma, dos autores clássicos. Ademais, retira-se inspiração no entendimento do contemporâneo professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior sobre aquilo que ele chama de zetética jurídica, em sentido de utilizá-la para aprofundar e complementar a dogmática jurídica. Buscou-se uma abordagem bibliográfica da doutrina brasileira sobre o que se entende atualmente como fonte do direito para esclarecer onde encontram-se os instrumentos válidos de interpretação, aliado a isso, uma condução histórica sobre papel desempenhado pela literatura em associação ao direito, tentando expor e entender os métodos já utilizados em tempos passados. Por fim, será desenvolvida uma análise hermenêutica da obra literária *Paraíso Perdido* como exemplo de uma possível aplicação para absorção de entendimentos jurídicos, em seguida a valoração do seu proveito.

Para, então, subsumir a literatura no Direito é inevitável rumar ao estudo das fontes.

2 PERSPECTIVA SOBRE FONTES DO DIREITO

Este é um assunto basilar para o exame de qualquer ramo jurídico, ademais, o próprio entendimento da disciplina como um todo é traçado por essa via, vide a matéria comumente chamada de “Introdução ao Estudo do Direito”, componente do eixo propedêutico. O itinerário habitual do estudo passa por uma breve explicação da ideia trazida pela palavra “fonte”, aí não há qualquer dificuldade, pois está em sentido figurado e relativo ao ato de nascer, brotar, emergir como encontrado no dicionário Houaiss (2009).

Solidificado esse ponto, a doutrina brasileira parece confortável em admitir que existem duas classificações gerais para as fontes: formais e materiais. Quanto ao primeiro termo, seguindo Montoro (2014) e Dimoulis (2013), é a formulação que atribui o caráter positivo e coercitivo das normas, sendo lá encontradas e de onde tomam forma. Para os dias atuais do direito pátrio, a legislação e a jurisprudência são exemplos

de fontes formais, tanto quanto os costumes jurídicos ou um mero acordo de vontade entre particulares, mesmo não apresentando formas escritas.

O segundo termo é neste trabalho mais importante, por isso será dada atenção singular. Caminhando para a definição, a doutrina tem uma ideia geral consolidada. Machado (2004, p. 73) define como:

Fatores sociais, que podem ser os da natureza, como os biológicos relativos ao próprio ser humano, os religiosos, os econômicos, os políticos, os morais, bem como fatores axiológicos, ou ideais e valores de humanidade, tais como os ideais de justiça e de segurança, entre muitos outros.

Não apenas isso, na mesma obra, o autor continua em mostrar que esses fatores materiais são traduzidos e manifestados nas normas encontradas nas fontes formais, como um reflexo. Já Paulo Nader (2014) acrescenta outro atributo às fontes materiais, o de *fato social* que municia o legislador com os elementos necessários para à formação dos estatutos jurídicos. Essa nomenclatura criada e trabalhada por Émile Durkheim em, por exemplo, *O Suicídio* (2013), tem como constituição três pilares: a coercitividade, generalidade e exterioridade. Quando analisados estes pontos em relação às fontes materiais, é possível perceber seu laço, pois, tratam exatamente, como visto acima em Machado, de eventos sociais, logo não individualizados e externos ao indivíduo, no entanto, gerais e relativos à coletividade ou parte dela, que os coagem, do mesmo modo retiram sua coercibilidade de fatores morais, axiológicos e além.

Gusmão (2014, p. 110) também incrementa os fatores materiais da nascente dos direitos com o seguinte:

O direito sofre também a influência de *fenômenos naturais* e do *fator geográfico*. Quantas vezes uma seca prolongada, geada, terremoto ou outro fenômeno natural provocam legislações destinadas a proteger a produção agrícola ou relações jurídicas, dilatando prazos legais e contratuais e etc.

Antonio Bento Betioli (2002), dentre a bibliografia utilizada, foi um dos autores que mais deteve-se em mostrar na sua obra uma gama de abordagens culturais do Direito, assim como a congruência de fatores religiosos, econômicos e morais. Dimoulis (2013), apesar de breve em sua abordagem, interessantemente, usa o vocábulo “genética” em sua apresentação sobre fontes materiais. Chamando-as assim e, mais uma vez, corroborando com a ideia da importância desses fatores para uma abordagem

propedêutica do sistema jurídico, dado que gene representa a unidade fundamental de origem e hereditariedade, assim eles o seriam.

Maria Helena Diniz (2014, p. 302) dentre a doutrina brasileira, traz uma das reflexões mais estimulantes sobre o tema quando põe:

O jurista deve ater-se tanto às fontes materiais quanto às formais, preconizando a supressão da distinção, preferindo falar em *fonte formal-material*, já que toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte do direito no sentido de fonte formal.

Esta é uma maneira pertinente de abordar, a ideia, já comentada aqui, “genética” da fonte material, dado o modo como os fatores materiais compõem a estrutura que tomará formato e se chamará de fonte formal. Ambas as fontes são elementos dos direitos e relacionam-se como carne e osso.

É difícil imaginar, no entanto, que em qualquer situação a fonte material esteja disposta de maneira tão forte e viva, por exemplo, quando vamos tratar de uma norma hipotética que estabelece um prazo processual em 10 dias. Certamente, o estabelecimento do prazo passou por um juízo de valor e razoabilidade, mas é uma relação, via de regra, esguia sem algum relevo para maiores interpretações da realidade.

Por fim, parece acertada a posição de Dante Alighieri (apud Reale, 2012) que é repetida por Del Vecchio (1934 apud Montoro, 2014) em colocar na natureza humana a responsabilidade essencial da criação normativa. A multiplicidade de fatores, sejam filosóficos, históricos, psicológicos ou sociológicos traduzem-se em uma fenomenologia jurídica positiva, pois exprimem a dualidade essencial do jurídico e do justo, ou seja, a formação lógica e possível daquilo que é um valor supremo. Este que então irá emanar e desaguar em diversas normas afluentes, chegando até mesmo ao ponto de não reconhecimento imediato ou definitivo entre o fator gerador e a norma gerada, como ocorre no caso explicitado acima pela norma processual hipotética.

Ao assentar a confluência dos fatores determinantes para uma criação jurídica, cabe agora verificar como a literatura vem a se relacionar com eles, tanto no âmbito formal quanto material.

3 APORTE LITERÁRIO

Nesta seção, as investigações do lusitano Ruy de Albuquerque são primorosas, tendo dedicado bela obra ao estudo do que chama “ciência jurídica medieval”. Antes do medievo, ainda nos primórdios memoriais de nossa civilização ocidental, ausente qualquer tecnicismo legislativo moderno, a condição humana e de suas relações fomentou o surgimento de normas, até então entendidas como uma vontade divina manifesta. Essa mesma condição foi responsável pela criação de uma dicção narrativa popular e peculiar: o ritmo, a epopeia.

Em seus versos, os poetas de tempos passados contavam a origem de seu povo, de sua identidade e costumes, mais do que isso, interpretavam a realidade e as normas de trato social. Ora, uma métrica cantada foi essencial para mais fácil memorar e disseminar determinado conteúdo, visto que não existia outro meio material, como uma prensa móvel (só inventada no século XV) para realizar a difusão e dar publicidade. “Pelo ritmo se fixará o direito. Por ele os homens puderam iluminar a vida com a luminosidade da norma (Albuquerque, 2007, p. 10)”. E assim instauraram-se os costumes jurídicos e as leis encravadas em pedra.

Não por acaso, nesse tempo e já no período clássico, há uma confluência natural entre o plano do ritmo e o plano da norma, afinal ambos possuíam as mesmas matérias-primas, a saber: a palavra e a tenra condição humana. Ao requintar o ofício de escrever e aprimorar as palavras usadas nos versos, havia um sentido artístico na produção normativa, que afinal não deve ser chamada de “produção”, mas sim de emanção, dado o seu fundamento em uma providência superior. Como relata Albuquerque (2007, p. 11):

Era em verso a parte mais importante do Código de Manu; eram em verso as leis de Ísis; eram em verso as leis dos Turdetanos; eram igualmente em verso as leis de Esparta; cantavam as suas leis os Atenenses; Orfeu e Anfion, os primeiros entre os legisladores gregos, fizeram compreender a lei com a sedução da carne; Pítaco, de Mitilene, um dos sete sábios da Grécia, redigiu em verso as leis; o direito sucessório, tanto no Dymuta Vahana como no Vedjananéavaia, foi buscar ao verso a robustez para sobreviver; os decênviros, como lembra Revarado e repete Vico, começaram as duas primeiras leis das XII Tábuas em verso heróico; e sempre os jurisconsultos romanos, poetas ou retóricos, sentiram o ritmo; as leis dos Gauleses, as leis escandinavas era rítmicas, eram em verso...

O sentido artístico está presente durante esse estado primevo, pois há a criação de uma linguística própria, derivada do refino já citado e conseqüentemente seguido de uma importante unificação simbólica que metamorfoseia ao longo do tempo mas é duradoura em essência. O direito parece encontrar na literatura uma pedagogia, assim mostra Foucault (2013, p. 58):

Édipo-Rei é uma espécie de resumo da história do direito grego. Muitas peças de Sófocles, como Antígona e Electra, são uma espécie de ritualização teatral da história do direito. Esta dramatização da história do direito grego nos apresenta um resumo de uma das grandes conquistas da democracia ateniense: a história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores...

O lusitano Teófilo Braga (2000) já observou que a partir da estruturação e consolidação dos símbolos, o mundo exterior é aproximado, agora existe maneira de enunciar o que se quer representar. Nas palavras de Braga (2000, p. 29), “os cabelos representam a liberdade, a mão é essencial na maior parte dos actos jurídicos, o pé toma posse, a orelha testemunha, o beijo sela”.

A importância dos simbolismos criados, fossem eles palavras, gestos ou até mesmo a pura representação de algo ou entidade por um objeto era de tal gravidade e enraizamento nos costumes que a sua ausência na prática dos atos jurídicos gerava nulidade. Para isso, basta observar os comentários de Fustel de Coulanges sobre a civilização romana e sua ritualística jurídica. Um dentre os vários exemplos em Coulanges (2000, p. 153):

Entre os antigos, e sobretudo em Roma, o conceito de direito está ligado ao emprego de algumas palavras sacramentais. Se se trata, por exemplo, da obrigação para contratar, um dos contratantes deve dizer: **Dari spondes?** - o outro deve responder: **Spondeo**. Não se pronunciando essas palavras, não havia contrato.

Coulanges (2000), no entanto, parece querer colocar a consagração de tais simbolismos apenas como um mero reducionismo ao procedimento formular banal introduzido por alguma experiência religiosa. Esta visão não é compactuada aqui, pois ao acertar que sim, eram procedimentos formulares, há mais do que isso, há uma essência etérea viva inerente ao culto compartilhado e que goza de homogeneidade sem par, desta forma põe oportunamente Braga (2000, p. 68), “o direito é augural e sagrado, como em toda idade de infância”, logo após delibera novamente Braga (2000, p. 69),

“esta face poética do direito mostra-se também no simbolismo jurídico do Ocidente... A acção de Direito procura a sua força no dogma sagrado... O respeito da propriedade é também um culto”.

O desenvolvimento artístico e jurídico não foi dado em solidão, com o caminhar do ocidente para a Idade Média, há a instauração de dois regimentos educacionais de nível universitário: o primeiro bloco, chamado *Trivium*, era responsável pelo ensinamento e aperfeiçoamento da gramática, lógica e retórica. O segundo bloco, chamado *Quadrivium*, presumia o entendimento do primeiro e dedicava-se ao ensino da aritmética, da astronomia, da geometria e por fim, da harmonia. O somatório desses dois blocos resulta no que são chamadas de Sete Artes Liberais. A literatura encontra recanto, mas não canto próprio fixo, nas três disciplinas do *Trivium*, e além disso, naturalmente, no estudo da harmonia, dado o carácter cantado da poesia. Logo, há aí uma importante e duradoura continuação da simbiose entre *scientia et ars*, já noticiada por Albuquerque (2007, p. 51):

O exame dos textos do sécs. XII-XV revela-nos a utilização pelos juristas medievais de *auctoritas* dos historiadores, analistas, moralistas, filósofos, gramáticos, retóricos, agrimensores, naturalistas, poetas da Antiguidade - e da época - levando a admitir uma hermenêutica trans-literal, retórica, tópica e a adopção de métodos diversificados na interpretação de textos.

O próprio cunho metafórico e alegórico inerente à criação artística levou os seus intérpretes à essa hermenêutica trans-literal, também chamada de meta-literal. Fato descrito por Albuquerque (2007) como razão para o desenvolvimento de um culto pela poesia dentre os juristas, afinal segundo o mesmo autor (2007, p. 93), “a criação poética, para o jurista, significava mais do que o enriquecimento da sua vivência profissional com o culto de algo estranho ao estrito manusear dos textos do *ius commune*”. Com o contínuo passar do tempo, o advento de outras ideias e outros ideais, a poesia foi colocada exclusivamente no ramo da retórica dentre as Artes Liberais.

Para a Escolástica em sua fase inicial, a arte retórica estava amplamente ligada ao sofisma, ao charlatanismo, à não busca pela verdade, causando assim um descrédito da própria arte poética a ela ligada e um breve rompimento da proveitosa simbiose. Por sorte, a própria Escolástica superou esta interpretação entendendo existir a necessidade e a validade hermenêutica suprida por este ramo.

Os juristas medievais conheciam e dominavam textos do período clássico, estes por sua vez tinham *status* de conhecimento revelado e autêntico. Não só isso, tinham também valor de argumento jurídico e de justificativa pelo exemplo, como coloca Albuquerque (2007, p. 132), “a poesia consentia ao velho doutor a expressão de um pensamento crítico-filosófico sobre os limites, a eficácia e o valor da ordem positiva”.

Com a chegada da Idade Moderna, a repulsa inicial pela Escolástica já na metade final do medievo, houve nova separação entre ciência e arte. Estado que perdura até hoje.

Tomando como base as perspectivas apresentadas, percebe-se a importância em diversos âmbitos que a literatura atingiu no direito da Antiguidade Clássica. Primeiramente como conglomerado simbólico, dando ritmo, sentido e representação aos anseios humanos do período. Além disso, servindo como paradigma axiológico e hermenêutico. Interessantemente, é possível encontrar as próprias leis escritas em cifra literária - até por seu caráter mnêmico. Tratando de um exame sobre fontes do direito, é intrigante dizer que, no período descrito, a literatura ocupava os dois polos onde se classificam as fontes: tanto o material, por ser o substrato valorativo e situacional da ordem jurídica, como também o formal, dando configuração e estrutura à lei e ao costume.

Já no período medieval, com o desenvolvimento de uma abordagem científica via o *Trivium* e o *Quadrivium*, e com o início de uma construção mais técnica do direito, a literatura gradativamente deixa de ser fonte formal. Contudo, enquanto fonte material continua vigorosa, apesar de breve descrédito pela escolástica inicial. Por esta mesma razão, os juristas medievais irão beber em seu manancial. O auxílio dava-se por meio do *exemplum* e do *argumentum*, segundo Albuquerque (2000) o primeiro termo designa a natureza pedagógica-orientadora e o segundo, a natureza de prova e aporte hermenêutico-axiológico.

Por uma possível gama de razões e ideais, o elo entre os saberes jurídicos e literários foi perdendo-se aos poucos, contudo, como pretende-se apresentar aqui, ele ainda nos pode ser útil. Para substanciar e provar este ponto, inevitavelmente devemos verificar sua natureza de fonte material como acima descrita e utilizada pelos antigos juristas. A obra *Paraíso Perdido*, publicada originalmente em 1667, parece ser muito oportuna para tal verificação dada as condições de sua publicação, o seu autor e sua forma em epopeia, como os grandes clássicos da Antiguidade: *Odisseia*, *Eneida*,

Metamorfoses dentre outros. Antes, todavia deve-se tratar brevemente do seu criador e tempo.

4 BREVE HISTÓRICO SOBRE MILTON E A INGLATERRA STUART

John Milton nasceu em 1608, oito anos antes da morte daquele que é seu antecessor no cânone literário, Shakespeare. A própria canonicidade literária de Milton já foi posta em cheque no início do século XX com o movimento modernista, crítica especialmente encabeçada por autores como Ezra Pound e T. S. Eliot. Apesar disso, o próprio Eliot voltou atrás de seu posicionamento e Milton permanece inabalado. Como relata o crítico literário norte-americano, Harold Bloom (1994, p. 169):

Milton's place in the canon is permanent... Of all post-Shakespearean writers it is in Milton, rather than Goethe or Tolstoy or Ibsen, who best exploited the Shakespearean representation of character and its changes, even while working furiously to ward off the Shakespearean shadow.

Compreendido entre 1603 até 1714, o período da história inglesa conhecido como era Stuart é de uma efervescência incrível. Religiosamente conflituoso e politicamente rebelde, culmina na Revolução Gloriosa em 1688. O caminho, todavia, para esse evento foi longo o tortuoso. Charles I assume o reinado oficialmente em 1625 após a morte de seu pai James I, o até então príncipe foi, como sua dinastia, adepto da teoria do Direito Divino dos Reis, dificultando o trato com o parlamento inglês, chegando a dissolvê-lo completamente em 1629. Piorando a situação, o reino estava em crise financeira o que levou Charles a retirar mais riquezas da população para o próprio financiamento. Por ser anglicano, o rei também tentou impor a utilização do *Book of Common Prayer*, fatos que desagradaram o povo e foram tidos como insulto e afronta à liberdade religiosa.

Em período paralelo, Milton é admitido na St. Paul's School em 1620, uma escola de base e foco escolástico, sentido a necessidade de suprir seu déficit em conhecimentos clássicos, estuda-os por conta própria. É admitido em 1625 no Christ's College da universidade de Cambridge, obtendo o título de *Bachelor of Arts* em 1629 e de *Master of Arts* em 1632. Viaja pela Europa em 1638, onde visita Galileu Galilei em Florença, a biblioteca do Vaticano e Hugo Grotius em Paris, no entanto, interrompe sua viagem e regressa a Inglaterra quando tem notícias da guerra civil. Na década de 1640 publicou

inúmeros textos contra o regime de Charles I, além de outros correlatos como *Areopagitica* (1644), importante discurso sobre liberdade de expressão.

A guerra finalmente termina com a captura, o julgamento e o regicídio. Charles I foi decapitado em 30 de janeiro de 1649. Nesse mesmo ano é instaurada a *Commonwealth* e a Milton é dado o cargo público de *Secretary for the Foreign Tongues* em reconhecimento aos seus esforços. Somente em 1653, Oliver Cromwell, importante líder militar na guerra civil, recebe o título de *Lord Protector*, gozando de poderes similares ao de um monarca. Cromwell vem a falecer logo em seguida no ano de 1658, sendo substituído imediatamente por seu filho Richard. O Protectorado começa a decair, em 1659 Richard abdica após dissolver o parlamento, pois não consegue cobrir a crise especialmente agradava pelos gastos da guerra civil, finalmente em 1660, Charles II é convidado pelo parlamento restaurado para assumir a posição de rei deixada por seu pai.

Para Milton, a década de 1650 foi de grandes expectativas que apenas se transformaram em grandes tragédias. No ano de 1652 ele fica completamente cego, até hoje por motivos incertos. Em 1656 casa-se com Katherine Woodcock, no ano seguinte nasce sua filha, porém em 1658 sua esposa e filha de apenas um ano morrem. Tudo isso culminando, ao final da década, com o declínio da *Commonwealth* que tanto lutou e tornou-se apenas um *Interregnum*, seguido da Restauração Stuart.

Charles II não esqueceu daqueles que foram contra seu pai, perseguiu e matou alguns amigos de Milton, o próprio poeta regicida chegou a ser preso durante alguns meses e após sua soltura perdeu completamente o palanque para divulgar suas ideias. Chegou ao ponto de ter dois de seus livros jogados à fogueira por ordem Real. Tudo isso apenas em 1660.

Tendo iniciado a sua confecção em 1658, *Paraíso Perdido* só é publicado em 1667. Pela cegueira, o poema foi ditado para amanuenses e amigos que o redigiram. Como põe Harold Bloom em Milton (2016), a escrita do livro foi em si a resposta para toda a situação aflitiva que circundava o poeta. Originalmente contava com dez livros separados por temática, contados da criação à queda do homem, em 1674 Milton publicou a edição definitiva, adicionando mais dois livros. Esse é o mesmo ano da sua morte. O escritor argentino Jorge Luís Borges (2016, p. 115) destaca outro fator interessante do texto:

Na época não existia a concepção de tradução estrita, como hoje, que se considera a tradução um trabalho de fidelidade verbal. Essa concepção da tradução literal se baseia nas traduções bíblicas. Estas sim eram feitas com muito respeito. A *Bíblia*, redigida por uma inteligência infinita, era um livro que o homem não podia tocar, alterar.

Em sua escrita, Milton não só extrapolou esses “limites” interpretando acontecimentos, adicionando referências clássicas, como tornou Satã um dos principais personagens da epopeia. Como já apontado por Borges (2016), um grande traço do estilo barroco presente na obra, a disparidade entre luz e sombra.

Charles II reina até o fim da sua vida em 1685. James II o sucede gerando uma insatisfação por seus posicionamentos inflexíveis e tirânicos, uma série de eventos leva à Revolução Gloriosa em 1688. Mesmo morto, o poeta republicano ainda foi importante para essa revolução, como encontrado em Milton (2005), Locke - pensador fundamental no processo revolucionário - possuía desde 1667 livros de Milton, além disso, os próprios Primeiro e Segundo Tratado sobre o Governo Civil (1689) são escritos antes e durante a revolução para contrapor as teses de Sir Robert Filmer no livro *Patriarcha* (1680), um dos primeiros e mais obstinados críticos de Milton, que aliava-se às teses de defesa do Direito Divino dos Reis. Filmer também já estava morto ao tempo das críticas lockeanas.

5 PENSAMENTO MILTONIANO E *PARAÍSO PERDIDO*

Dentre a vasta bibliografia de Milton, foram utilizados dois dos seus principais escritos políticos: *A Tenência de Reis e Magistrados* (1649), elaborado durante o julgamento de Charles I, publicado poucos dias após sua execução. E *Pro Populo Anglicano Defensio* (1651), publicado para contrapor as teses a favor do Direito Divino dos Reis de Claudius Salmasius em seu livro *Defesa Regia Pro Carolo I* (1649).

A defesa absolutista alegava que o direito real de governar tinha descendência numa concessão divina, legitimando o governante como patriarca do povo, título hereditário que garantia sua soberania. Além disso, o rei detinha status de divindade, mesmo enquanto humano, como colocou o historiador Ernst Kantorowicz (1997, p. 24), “the king is ‘twin-born’ not only with greatness but also with human nature, hence ‘subject to the breath of every fool’”.

Apropriadamente e alinhado à temática deste artigo, Kantorowicz (1997) dedica em sua obra citada um capítulo inteiro ao estudo de *King Richard II*, uma das tragédias históricas de Shakespeare. Nesta peça, o rei, como Charles I, tem seu trono ameaçado, mas é acalentado pelo Bispo de Carlisle com um discurso que explicita as ideias absolutistas: “Fear not, my lord: that Power that made you king, Hath power to keep you king in spite of all. The means that heaven yields must be embraced and not neglected (Shakespeare, 1994 p. 373)”.

Para as teses absolutistas, dois pontos argumentativos são fundamentais: o primeiro deles, já dito, a origem divina do direito de governar, ou seja, provém de Deus e o papel do povo para sua concessão ou retirada é desimportante. O segundo ponto, deriva do primeiro, visto que ao receber diretamente de Deus a condição de patriarca, só então a Deus estaria o rei submisso, condição chamada de *legibus solutus*, sem ser afetado ou ter responsabilidade perante a legislação humana. É claro que, para o estabelecimento dessas teses, há um trabalho hermenêutico sobre as escrituras sacras, da mesma forma o faz Milton, que não será esmiuçado aqui por sua pertinência.

Em contraponto, já no frontispício da obra *A Tenência de Reis e Magistrados* há uma afronta aos princípios acima expostos, mostrando sua posição Milton (2005, p. 3) afirma, “que é e sempre foi lícito ao longo de todas as épocas, a quem detenha o poder, pedir contas ao tirano ou rei iníquo e depois da devida condenação o depor e executar, quando o magistrado comum houver desatinado ou se recusado a fazer isso”.

Como era lugar comum em seu tempo, o autor utiliza da ficção jurídica do estado de natureza para estabelecer um panorama inicial. Originalmente, antes desse estado, é colocado um outro, o de total liberdade usufruído apenas por Adão e Eva. Após a queda do paraíso, os homens estariam em um estado de liberdade mas cada um por direito de autodefesa e de conservação “detém autoridade e jurisdição sobre um outro (Milton, 2005, p. 13)”, ou seja, todos seriam magistrados perante os outros. Para evitar esse embaraço:

Eles os transmitiram e atribuíram a um único homem, a quem preferiram a outros pela eminência de sua sabedoria e integridade, ou a mais de um, aos quais julgaram de igual merecimento. Ao primeiro chamaram de Rei; aos outros, Magistrados. Não que os chamassem assim para se tornarem seus senhores e mestres [...], mas para seus representantes e delegados, para executarem, em virtude do poder que lhes fora confiado, a justiça... (Milton, 2005, p. 13).

Diferentemente de outros contemporâneos, Milton (2005) não teoriza o direito a partir de um contrato social ficto, pelo fato da existência do mesmo exprimir algum tipo de conjunto de obrigações a serem seguidas que só pelo seu descumprimento haveria possibilidade de rescisão. Em substituição, ele emprega o termo confiança. É uma determinação muito mais ampla que mantém a ideia de pacto, mas a mera vontade popular a qualquer tempo poderá usufruir deste direito. Os reis e magistrados deveriam aceitar e jurar perante as condições que lhe foram estabelecidas, praticar a justiça imparcial balizada pela lei, segundo Milton (2005 p. 14), “se o rei ou Magistrado se mostrasse indigno dessa confiança, o povo estaria desobrigado da obediência”. Como exemplifica o autor, pode mostrar-se indigno por diversos fatores: “covardia, estupidez, desonestidade ou traição (Milton, 2005, p. 200)”.

A convicção de que o rei é mero servo do povo está muito fortemente transposta por toda a obra. É uma relação onde não há sujeição, mas sim dependência. Se os súditos ou o rei não querem mantê-la, é desfeita. Desta forma, a autoridade real não tem fundamento divino, mas, defende Milton (2005, p. 19):

Provém originalmente e por natureza do povo - em primeiro lugar para o bem do povo, e não para seu próprio bem -, então o povo poderá, tantas vezes quantas julgar melhor, elegê-lo ou rejeitá-lo, mantê-lo ou depor mesmo sem ser tirano, unicamente pela liberdade e pelo direito que homens nascidos livres têm de se governar como melhor entenderem.

Ao partir do mesmo ponto que os absolutistas, que o poder supremo de governar provém de Deus, Milton (2005) chega ao ponto diametralmente oposto dos seus adversários, ele está convicto o livre arbítrio outorgado pela divindade é o meio permitido e correto para alcançar a paz, como também a conservação comum. E para isso, distingue a liberdade, sumo bem, daquilo que chama de licença, “que sob os tiranos goza de irrestrito alcance e inteira indulgência (Milton, 2005, p. 5)”. A licença não é nada mais do que uma permissão para existir, algo que só poderia ocorrer ao governo tirânico e despótico, onde o sujeito não tem livre empresa, mas sua ação está condicionada ao elã da autoridade.

Partindo para *Pro Populo Anglicano Defensio*, há outros pontos fundamentais em seu pensamento. Preocupado com a tese em defesa do patriarca, logo trata de dissociar a figura do rei dessa imagem de pai. “O pai nos gerou; mas o rei não nos criou, nós é que criamos o rei. A natureza deu um pai ao povo, mas o próprio povo se deu um rei, assim, o

povo não existe por causa do rei, mas o rei existe por causa do povo (Milton, 2005, p. 93)”. Seguindo o raciocínio já apresentado, não há razão para a hereditariedade real, tampouco há motivo para serem aplicadas leis diferentes daquelas dos “comuns” aos reis. Na verdade, a posição está mais para o inverso, colocando o rei como súdito e sujeito à mais onerosa lei.

Há sempre, na obra, um temor em confiar poder em excesso - especialmente - ao rei. Mesmo que em suas atitudes ele não se porte como tirano, somente o fato de existir disposição legal que o coloque neste patamar absoluto, tornaria servil o povo. É uma situação de extrema delicadeza, porque Milton (2005) acredita que a sociedade, nem mesmo a vida não poderá existir sem um poder, sem um governo civil. Afinal, para o autor, esta é a lei da natureza:

Como o rei não tem nenhum direito de praticar o mal, o direito do povo permanece supremo por natureza... a natureza sempre considerou e continua a considerar, não o poder de um ou poucos homens, mas a segurança de todos [não importa o que aconteça ao poder desse um ou desses poucos] (Milton, 2005, p. 200).

Ao voltar a atenção para *Paraíso Perdido*, é possível encontrar diversos trechos que expandem ou refletem a discussão jurídica contida nos escritos políticos do autor. Inicialmente no texto, como é comum ao gênero épico, há a invocação, nela Milton (2014, p. 4) dirige-se ao Espírito Santo e espera “assert Eternal Providence/ And justify the ways of God to men”. Essa é uma perspectiva muito instigante para se começar, porque dela entende-se que o papel do autor será meramente expositivo, aquilo que é dito provém da verdade atemporal e divina, transposta em lei da natureza, ou *como as coisas são porque são*, uma forma do período clássico de transpor um argumento, como o fez Lucrécio ao escrever *De Rerum Natura, A Natureza das Coisas*.

Um dos primeiros sinais desta lei natural está, ainda, na invocação. Ele é “the throne and monarchy of God (Milton, 2014, p. 4)”. Ao colocar Deus como monarca, já é necessário entender o seu governo balizando-o pelos princípios colocados por Milton em suas obras. O próprio autor continuará por fazer isso.

Logo, ao introduzir a primeira fala do personagem Satã, que clama às criaturas caídas o empreendimento de uma guerra contra o seu grande adversário celestial, coloca nos seguintes termos: “Who now triumphs, and, in the excess of joy/ Sole reigning, holds the tyranny of Heaven (Milton, 2014, p.8)”. Este é um momento crucial. Satã ao

argumentar sobre a investida contra os céus, classifica o reinado de Deus como tirânico, por conseguinte, encontra fundamento em toda a obra de Milton como visto há pouco. Milton dá fundamento a Satã, mas é claro que não substancia os argumentos. Satã, no Inferno, continua e declara “Here we may reign secure, and in my choice,/ To reign is worth ambition, though in Hell:/ Better to reign in Hell than serve in Heaven! (Milton, 2014, p. 13)”. Novamente o personagem encontra refúgio na obra de Milton, primeiramente no princípio fundamental de conservação que alicerça a instituição da sociedade civil, como também depois, na repulsa pelo terrível estado de servidão.

Destoante a essa visão do trono do divino, há outra, colocada desta forma: “... But he, who reigns/ Monarch in Heaven, till then as one secure/ Sat on his throne, upheld by old repute,/ Consent or custom... (Milton, 2014, p. 27)”. De novo, há a colocação do governo de Deus como uma monarquia, pertinentemente justificada por três fatores: reputação, Milton (2005) cita de forma esparsa alguns atributos positivos essenciais ao monarca para ser bem quisto, como virtude, prudência, sabedoria e coragem; além disso, há o termo consentimento que imediatamente relaciona-se com o conceito de confiança trabalhado nas obras políticas e já exposto aqui. A importância do trecho é tamanha que mesmo Deus, entidade suprema, está submetido a essas condições; Costume, aqui só poderia ser entendido costume jurídico. Importante notar que John Milton é inglês, país de tradição *common law*, e o estabelecimento do costume jurídico é dado por magistrados (a quem Milton se volta em *A tenência*) que estão submetidos aos mesmos princípios referidos aos reis. Logo, mais um vez, o governo de Deus só poderia ter sido concedido, neste caso do costume, por deliberação.

De volta ao Inferno, Satã e os seus príncipes estão reunidos na cidadela infernal, o *Pandemonium*, lá Beëlzebub acusa Deus: “for what peace will be given,/ To us enslaved, but custody severe,/ And stripes, and arbitrary punishment/ inflicted?... (Milton, 2014, p. 50)”. Ora, todos os atos descritos são dignos de um tirano, a noção de servidão e arbitrariedade marcam, na obra, muitos dos pleitos levantados pelos anjos caídos. Milton (2005, p. 143) coloca “não é direito dos reis cobrar tributos excessivamente onerosos...”, de forma geral este mesmo posicionamento pode ser atribuído às punições em geral. É sempre interessante notar como eles retiram de Milton os seus fundamentos.

Enquanto isso no Céu, Deus informa que seu filho deverá ser sacrificado para salvar a humanidade, ato que por ele é aceito de prontidão, e assim é dito:

Because thou hast, though throned in highest bliss/ Equal to God, and equally enjoying/ God-like fruition, quitted all, to save/ A world from utter loss, and hast been found/ By merit more than birthright Son of God,/ Found worthiest to be so by being good,/ Far more than great or high; because in thee/ Love hath abounded more than glory abounds;/ Therefore thy humiliation shall exalt/ With thee thy manhood also to this throne:/ here shalt thou sit incarnate, here shalt reign/ Both God and Man, Son both of God and Man,/ Anointed universal King... (Milton, 2014, p. 93).

Neste trecho é incrível como existem diversos aspectos políticos miltonianos. De partida temos a conservação do povo, ora, esta é a principal razão para a instituição de um rei segundo Milton. O Filho de Deus em seu sacrifício conserva toda a humanidade da perdição. Além disso, o mérito para governar, onde também podem ser incluídas todas aquelas características de um bom monarca, como ao mesmo tempo, a negação da ideia absolutista de hereditariedade do trono real pelo próprio exemplo divino. Aspectos seguidos novamente pela exaltação de boas características e senso de dever do rei. Por fim, a fantástica forma como Milton coloca que Deus e Homem deverão reinar, os homens podem ser entendidos aqui como simplesmente o povo, aspecto sempre tratado com muita atenção nas obras políticas e mostrados aqui.

Enquanto a distinção entre liberdade e licença, há uma rápida passagem onde o personagem Rafael conta a Adão sobre os anjos “freely we serve,/ Because we freely love... (Milton, 2014, p. 176)”. E aqui não se refere ao estado de servidão descrito no aspecto tirânico, tanto que o anjo relata que dessa relação provém toda a felicidade deles.

Por fim, existem diversas referências menores espalhadas dentre os doze livros da obra, no entanto, essas e especialmente as colocadas nos livros iniciais parecem ser de maior importância aqui, até pelo fato de mostrarem o tom do desenvolvimento do texto. Ademais, as comparações entre os textos são claríssimas.

Caminhando para a conclusão, é preciso confirmar e enaltecer fato que o poeta já se gabava:

É possível que um dia se encontre alguém que tenha defendido a liberdade civil com mais liberdade do que eu, mas dificilmente se encontrará alguém que a tenha defendido num caso maior e mais glorioso (Milton, 2005, p. 331).

Em sua obra literária Milton produz uma ampliação do horizonte hermenêutico das discussões jurídicas de seu tempo, nas quais o próprio era figura de grande notoriedade. As capacidades meta-literal, hermenêutica e axiológica trazidas pela obra

literária analisada são impressionantes. Somos capazes de entender a perspectiva miltoniana sobre diversos pontos de embate jurídico apenas por ela. É a própria fonte material do direito eternizada em símbolo. Fonte essencial para atingir um conhecimento além do positivo.

A preocupação por esse tipo de entendimento também é compartilhada pelo Ministério da Educação, que por meio do Conselho Nacional de Educação (BRASIL, Resolução CNE/CES nº 9/2004, 1º de outubro de 2004) instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, e lá, espera no seu art. 3º que o perfil do graduando esteja desenvolvido com “sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise...”, um pouco mais adiante, no art. 4º, III, o formando deverá ter - pelo menos - habilidade e competência de explorar os confins jurídicos por “pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e *outras fontes do Direito*”.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) não deve ser esquecida quando coloca outro importante aspecto do ensino superior: este deve obedecer ao princípio da indissociabilidade entre ensino, extensão e pesquisa, conforme *caput* do art. 207. A tríade corresponde respectivamente ao conjunto de atividades desenvolvidas em classe com os conteúdos propostos, como também, pertinentes, seguidos da aplicação desses mesmos conteúdos no âmbito prático-profissional e, finalmente, na pesquisa é onde o aluno encontrará refúgio mais propício para investigar à sua livre empresa os ramos e suas intersecções com outras áreas, como a desenvolvida aqui.

Ademais, a supervalorização da técnica e o culto à norma, são fatores que podem levar à apatia do humanismo de tratar assuntos como os em questão. O aporte literário parece suprir esta carência, como já supriu, até mesmo para escola dos glosadores, tão criticada pela sua literalidade e limitação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, concluímos que a vista sobre fontes materiais do direito gozam da mesma importância que as fontes formais, pois compõem a moldura hermenêutica para o quadro jurídico a ser pintado pelo operador do direito. A literatura, como mostrado, foi utilizada como fonte material e fonte formal. Contudo, hoje, sua utilização como fonte

formal já não tem mais substância, ao mesmo tempo, sua perspectiva material parece imprescindível.

Apesar disso, desde o início da Idade Moderna essa relação está cada vez mais longínqua e por esta razão a capacidade de análise axiológica diminui, é onde os juristas modernos titubeiam e caem, dito isso: caíram algumas lágrimas naturais, mas logo foram enxutas. Em 1671, Milton publicou *Paraíso Reconquistado*, esta lição parece ser a nova rota por um velho caminho. Reconquistar aquilo que perdemos, ao ignorar os benefícios de ir além de uma alínea.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ruy de. **Poesia e Direito**. Lisboa: Coimbra Editora, 2007.

ARISTÓTELES. **Poética**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2018.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito**: lições de propedêutica jurídica. 8 ed. São Paulo: Letras e Artes, 2002.

BLOOM, Harold. **The Western Canon**: The Books and Schools of the Ages. Florida: Harcourt Brace & Company, 1994.

BORGES, Jorge Luis. **Curso de Literatura Inglesa**: São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

BRAGA, Teófilo. **Poesia do Direito - Origens Poéticas do Cristianismo - As Lendas Cristãs**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa Moeda, 2000.

BRASIL. **Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil**. 47^a ed. Brasília: Edições Câmara, 2015.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CES Nº 9, 1º de outubro de 2004**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=12991>> Acesso em: 1º out. 2017.

CITRONI, Mario; CONSOLINO, Franca Ela; LABATE, Mario; NARDUCCI, Emanuele. **Literatura de Roma Antiga**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: Estudo sobre o Culto, O Direito, as Instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Hemus, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DURKHEIM, Émile. **O Suicídio**: Estudo de Sociologia. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

GRIMAL, Pierre. **O Século de Augusto**. Lisboa: Edições 70, 2018.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009

KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. **The King's Two Bodies**: A Study in Medieval Political Theology. Princeton: Princeton University Press, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo Civil**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MILTON, John. DZELZAINIS, Martin (org.). **Escritos Políticos**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MILTON, John. **Paradise Lost**: A re-creation of the edition published in 1827 by Septimus Prowett, London. Norwalk: Easton Press, 2014.

MILTON, John. **Paraíso Perdido**. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2016.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 31 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Estudos de História da Cultura Clássica**: v. 2 - Cultura Romana. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Hélade**: Antologia da Cultura Grega. 10 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22 ed. 11 tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS JUSTO, António dos. **Manual de Direito Privado Romano**. 2 ed. Lisboa: Petrony, 2018.

SHAKESPEARE, William. **The Complete Works of William Shakespeare**. New York: Barnes & Noble, 1994.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. **Lições de História do Direito Romano I - síntese geral [753 a.C. - 565]**. Lisboa: AAFDL, 2018.

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E A GUARDA COMPARTILHADA: APLICABILIDADE DIANTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Barbara Gadelha de Freitas Brito¹

Felipe Maciel²

RESUMO

O ordenamento jurídico observou a necessidade de efetivar uma adequada visão à criança e ao adolescente, seres em desenvolvimento e frágeis, reconhecendo-os finalmente como sujeitos de direitos especiais e fundamentais. A partir disso, observa-se que há aliados para isso ser cumprido, sendo estes o Estado, a sociedade e a família. As relações familiares, por sua vez, merecem destaque, uma vez que é a primeira impressão do ser, e, portanto, com um essencial papel para seu desenvolvimento social e moral. Porém, ela está sujeita a ameaçar o melhor interesse do menor através de atos como o da alienação parental ocasionados pela dissolução dos vínculos conjugais. Diante disso, o presente artigo propõe analisar a guarda compartilhada como uma medida de proteção do menor diante destes casos, averiguando como se caracteriza a alienação parental, a evolução do menor como sujeito de direitos analisando a posição da criança e adolescente nos casos de separação e divórcio, relatando as características e definição da guarda compartilhada. Dessa forma, a partir de pesquisas doutrinárias e legislativas, é aplicado o método dedutivo com o intuito de solucionar a problemática.

Palavras-chave: Princípio do melhor interesse do menor. Divórcio e separação. Alienação parental. Guarda compartilhada.

PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND SHARED CUSTODY: APPLICABILITY TO PARENTAL ALIENATION

ABSTRACT

The juridical ordenamento observed the need to execute an appropriate vision to the child and the adolescent, beings in development and fragile, recognizing them finally as subject of special and fundamental rights. Starting from that, it is observed that there are allies for that to be accomplished, being these the State, the society and the family. The

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande no Norte. Email: barbaragadelhaa@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito Constitucional do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: felipemaciel@hotmail.com

family relationships, for his/her time, deserve prominence, once it is the being's first impression, and therefore, with an essential paper for his/her social and moral development. However, she is subject to threaten the smallest's best interest through actions as the one of the parental alienation caused by the dissolution of the matrimonial bonds. Before that, the present article proposes the noncompliance of the smallest's protection before these cases with the shared guard, discovering as the parental alienation is characterized, analyzing the child's position and adolescent in the cases of separation and divorce, telling the characteristics and definition of the shared guard and looking for the most reasonable measure to solve or to prevent the insult of the smallest's dignity. In that way, starting from doctrinaire and legislative researches, the deductive method is applied with the intention of solving the problem.

Keywords: Beginning of the smallest's best interest. Divorce and separation. parental alienation. Shared guard.

1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é o ideal máximo do estado democrático de direito, fundamento de todo o sistema constitucional. Apresentando um conceito altamente abrangente, ele se estende ao ser humano resguardando seus direitos e garantias fundamentais independente de sexo, religião, cor, raça ou qualquer outra particularidade. Concernente a isso, percebe-se o menor inserido nesse princípio, em que antes era protegido pela limitada Doutrina da situação irregular, mas que posteriormente, com o surgimento da proteção integral do menor, observou-se a necessidade de uma preservação mais adequada.

Logo, percebe-se que tais normas e garantias voltadas à criança e ao adolescente são baseados no princípio não expresso intitulado Princípio do melhor interesse do menor, que visa a eles, a dignidade humana, com absoluta prioridade, assim como o direito à vida, educação, saúde, lazer. E para a concretização disso, é de extrema importância o papel do Estado, da sociedade e da família, conforme expresso no artigo 227 da CF/88. Esta, sendo a base da sociedade de acordo com a Constituição, por ser a primeira impressão que o menor tem do mundo, detém um papel essencial para sua formação, e quando fragilizada, há consequências para a criança. Diante disso, é interessante destacar a dissolução dos vínculos conjugais, incentivadores de atos prejudiciais, como o da alienação parental, que atinge o menor diretamente.

Assim, dentro desse cenário, é fundamental que haja uma solução que propicie o desenvolvimento pleno do menor inserido num processo de dificuldade familiar, como no caso das separações e divórcios. Dessa forma, qual seria a solução para que se efetive

o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nas dissoluções conjugais ocasionadoras da alienação parental?

Diante disso, o presente trabalho pretende analisar a guarda compartilhada como uma medida de proteção do menor, nos casos de separação e divórcio. Averiguando como se caracteriza a alienação parental e a evolução do menor como sujeito de direitos. Como objetivos específicos, o artigo busca relatar a evolução dos direitos fundamentais voltados ao menor; analisar o papel do Estado, da sociedade e da família no desenvolvimento desses seres fragilizados; expor as características das dissoluções de vínculos conjugais e como se dá a alienação parental e suas sequelas.

O artigo inicia-se com a evolução dos direitos e garantias fundamentais para o menor, o que seria a dignidade da pessoa humana e o porquê necessitar ser efetivada uma proteção adequada a eles, que estão em desenvolvimento e por isso, precisam ser resguardados da maneira mais apropriada. Além disso, destaca o papel do Estado, da família e da sociedade como importantes na construção de um ser digno.

Posterior a isso, busca restringir o papel da família e como a separação e o divórcio podem ferir a dignidade do menor inserido na situação, por atos dos genitores. No capítulo posterior, é explanado a alienação parental, sua definição, como ocorre, suas consequências jurídicas, e de que forma ela atinge a criança. No capítulo seguinte, é exposto o método da guarda compartilhada, que vem sendo utilizada de forma gradativa no ordenamento jurídico brasileiro e como essa medida pode auxiliar nos casos de dissolução dos vínculos conjugais visando a proteção da criança ou adolescente.

Dessa forma, quanto à finalidade, este trabalho é baseado em uma pesquisa descritiva, visto que aborda um tema comum, mas proporcionando uma outra visão sobre ele. Os resultados serão apresentados pelo método qualitativa, devido a busca em compreender e interpretar determinados comportamentos e outros aspectos materiais, não havendo o intuito de obter números como resultados. Por fim, o procedimento é realizado através de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de livros e artigos.

2 DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

2.1 DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR X PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR

Ocupando o cenário jurídico do menor antes da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Doutrina da situação irregular, conservada pelo antigo Código de menores (Lei 6697/79), era limitada, uma vez que era estabelecido aos enquadrados no modelo de situação irregular, previsto no art.2º do Código de menores, ou seja, era estabelecido apenas aos menores privados das condições de saúde, instrução e subsistência, pela falta ou omissão dos pais ou responsáveis; que estavam em perigo moral; autor de infração penal e ainda todos os menores com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária.

A partir da análise do Código de menores, percebe-se que o menor infrator era visto como portador de alguma patologia social, o que dificultava a reinserção social das crianças e adolescentes em situação irregular, uma vez que a atuação da norma se dava de forma segregada, “inexistindo a preocupação em manter vínculos familiares, posto que a família ou a falta dela era considerada causa de situação irregular” (AMIN, 2017, p. 61), e, como uma doutrina não universal e restrita, se limitava a um determinado grupo infanto-juvenil, onde o interesse era o menor das crianças marginalizadas pobre estava em proteger e disciplinar, para evitar a ocorrência de algum perigo social, sendo então garantista, pois operava apenas na consequência, e não na razão do problema.

Assim, não passíveis de tutela jurídica, surge a necessidade da substituição da situação irregular por um direito que rompesse seu padrão, nascendo a doutrina da proteção integral, em que associado pela busca por direitos humanos, as crianças e adolescentes se tornaram titulares de direitos fundamentais (AMIN, 207, p. 61-62). Fora então introduzido na Carta Magna através do artigo 227, o qual declarou ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, alimentação dentre outros, protegendo-os de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e “passou-se a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível” (AMIN, 2017, p. 62).

Portanto, a doutrina, sendo definida constitucionalmente e de aplicação imediata, através do ECA, “que obedece às mais modernas orientações contidas nas convenções internacionais” (JÚNIOR; PERRONE-MOISÉS, 1999), passou a ter uma organização, estendendo o alcance dos preceitos da doutrina a todas as crianças e

adolescentes, ou seja, seres em desenvolvimento, independente de diferenças e respeitando todas as condições pelas quais os menores estariam envolvidos.

E com o intuito de garantir a efetividade da doutrina da proteção integral, prevê um conjunto de medidas ao governo aos seus entes federativos, a partir de programas de assistência social, proteção jurídico-social e serviços de prevenção, por exemplo, ampliando a responsabilidade, que não estaria apenas limitada a família, e sim também a comunidade, através do Conselho Municipal de Direitos e Conselho Tutelar e ao poder público (AMIN, 2017, p. 62). Ou seja, o ECA “garantiu, proteção integral à criança e adolescente, deixando bem claro que eles são pessoas em condições peculiares de desenvolvimento, necessitando de uma proteção diferenciada” (JUNIOR, 2012).

Dessa forma, com a nova doutrina, que busca a efetivação do princípio do melhor interesse da criança, o menor começara a ser tratado com absoluta prioridade, como titulares de direito e respeitando sua condição de seres em desenvolvimento, oferecendo para a criança um novo status, como sujeitos de direitos e não mais como simples objetos em situação irregular, abandonados ou delinquente (FERREIRA e DÓI, 2006). Assim como pode se observar na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que “exerceu influências positivas na formulação do moderno direito especial aplicado à infância e à adolescência, por meio do qual jovens passam a ser considerados sujeitos de direitos” (JÚNIOR e PERRONE-MOISÉS, 1999).

2.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Para que o menor fosse inserido num patamar de importância jurídica e social, houve e ainda há um processo de modificação significativo na sociedade, a qual vem enquadrando o menor num degrau cada vez mais aparente na coletividade e nos grupos familiares em geral, que se caracterizavam antigamente como patriarcal, onde a figura masculina era detentora de uma autoridade moral, proprietária, política e familiar que se estendia a mulher e as crianças.

Com o Liberalismo e posteriormente com a Revolução Industrial, a figura feminina começou a tomar uma nova posição na sociedade com papel de destaque no sustento familiar através da prática na atividade laboral com remuneração, alavancando assim certa mudança social, uma vez que a atmosfera familiar estava sofrendo modificações através da redefinição nos deveres de cada ente. E isto foi extremamente

importante para a conquista feminina em diversos âmbitos sociais futuros, não deixando de lado além de tudo, as condições difíceis de trabalho pelas quais estavam submetidas: longas jornadas, salários baixos e pouco reconhecimento.

Acompanhado a este espaço conquistado pela mulher, a criança e o adolescente no século XVIII, da Revolução Industrial, foi inserido da mesma maneira no trabalho industrial em longas e estafantes jornadas, com condições precárias e castigos, o abdicando do direito de gozar de uma infância ideal para um pleno desenvolvimento posterior, ou seja, na vida adulta.

Mas a partir do século XX, com o acontecimento das duas grandes guerras mundiais, surge uma necessidade de mudança nos aspectos político, econômico e social em cada Estado e com isso há uma urgente busca pela paz na sociedade e conseqüentemente uma notoriedade a criança e ao adolescente que se situavam envoltos a uma série de problemáticas, como pode ser observado na Declaração de Genebra de 1924, formada por cinco artigos, em que se observa a primeira declaração para os direitos da criança, trazendo o conceito de interesse superior da criança (ANDRADE, 2000).

Em 1948, por Assembleia Geral, foi aprovada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos do Humanos, fundamentada pela dignidade da pessoa humana, e reafirmando a assistência aos menores, trazendo por exemplo, no art. 2º, a visão de que a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais e que todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Em 1959, foi aprovado pela ONU a Declaração dos Direitos das Crianças com inspiração na Declaração de Genebra, colocando que o menor, pela sua maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidado antes e depois do nascimento, e que a humanidade deve a criança o melhor de seus esforços. Aprovada pelo Brasil no Decreto Legislativo nº 18, em 14 de setembro de 1990 e sancionada pelo Decreto nº 99.710, de 21.11.1990, a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da criança, de 1989, posiciona a proteção do menor e a necessidade dos seus direitos inerentes como status de direito fundamental, através de princípios como o da proteção integral da criança, direito a convivência familiar, uma vez que observou-se a necessidade de preservação ao máximo do menor por estarem em situação de fragilidade, consagrando-o também como membro da família e não apenas integrante (BARBOZA, 2000).

Ademais, na Constituição Federal Brasileira, de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990), os princípios acima foram, respectivamente, recepcionados e regulamentados no Brasil, “consagrando os direitos de crianças, adolescentes e jovens como direitos fundamentais, incorporando a doutrina da proteção integral” (DIAS, 2014, p. 45), colocando-os em uma posição central tanto no espaço em sociedade, no Estado e na família com Princípio do Melhor Interesse do Menor, representado pelo artigo 227, caput, da CF 88 e pelos artigos 3º, 4º e 5º do ECA.

O princípio do melhor interesse da criança fora abordado, não expressamente, além da CF 88 e no ECA em todos os Tratados e Convenções mencionados, e procura preservar ao máximo esses seres até 18 anos, que de acordo com Dias (2014), possuem determinada vulnerabilidade, fragilidade e estão em desenvolvimento, ou seja, necessitados de um tratamento especial.

Dessa forma, esse princípio nasceu com o intuito de garantir os direitos inerentes ao menor, como uma cláusula genérica que inspira o's direitos fundamentais assegurados pela Constituição às crianças e adolescentes. E como afirma Paulo Lôbo (2011) “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações dos menores com seus pais, com a sociedade e com o Estado.”

2.3 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Fundamento de todo o sistema constitucional, a dignidade da pessoa humana, explicitado no Texto Constitucional através do artigo 1º, inciso III, funciona como um princípio máster na interpretação de todas as garantias e direitos relacionados às pessoas na Constituição, onde qualquer pessoa pode ser titular dos direitos fundamentais, independente de sexo, religião, cor, condição financeira ou qualquer outra particularidade (MALMENSTAIN, 2014). Sendo um conceito que foi sendo elaborado e firmado como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que marca a história da sociedade, como o Nazismo e o regime militar.

A dignidade nasce com a pessoa, sendo assim, “um atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno. Assim, e a dignidade se confunde com o próprio ser humano” (SILVA, 2007).

Nota-se então, que o “legislador brasileiro conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma base de todo o sistema constitucional, que orienta a

compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais.” (SOARES, 2010). A partir disso, vale-se frisar que o ser humano não é isolado, uma vez que cresce e se desenvolve num meio social, com outras pessoas e culturas e além da dignidade nata pelo simples fato de nascer pessoa, há também aquela adquirida, que é relacionada ao direito de todos possuírem uma vida digna, portanto, isso deve-se estender principalmente aos seres mais frágeis, como a criança e adolescente, justamente por terem maior vulnerabilidade como reconhecido na Doutrina da proteção integral.

Diante disso, apoiado na dignidade humana, a Constituição de 1988 no artigo 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tem como princípios gerais e orientadores o da prioridade absoluta; do superior interesse e o princípio da municipalização. Portanto, tais institutos consagraram a Doutrina da Proteção Integral, a qual se alicerça no fato da criança ser sujeito de direitos; da infância ser reconhecida como uma fase especial no desenvolvimento do ser e o alicerce dado no artigo 227 CF88 da prioridade absoluta dada ao menor, ou seja, “no campo do direito infanto-juvenil brasileiro, as regras e princípios concretizam esta doutrina, espelho do princípio da dignidade da pessoa humana para crianças e adolescentes.” (AMIN, 2017).

A Proteção Integral pode ser entendida como uma doutrina que abrange todas as necessidades de um ser humano para um desenvolvimento pleno da sua personalidade, e dessa forma, as assistências materiais, morais e jurídicas devem ser prestadas ao menor (ELIAS, 2010). Não devendo assim, ocorrer a motivação do que possa impedir sua edificação.

Logo, percebe-se que esses princípios e normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro em relação à criança e ao adolescente são baseados em um princípio não expresso, o Princípio do Melhor Interesse do Menor, que resguarda os direitos do menor, priorizando-os, protegendo e visando a garantia do princípio da dignidade humana, sendo pressuposto essencial em qualquer debate onde o menor esteja envolvido, visto que é através da busca pelo melhor interesse que o menor tem seus direitos reconhecidos e é amparado da maneira correta pelos entes responsáveis, sendo estes o Estado, a família e toda a Sociedade conforme é preceituado na Carta Magna.

2.4 PAPEL DO ESTADO, DA FAMÍLIA E DA SOCIEDADE NA FORMAÇÃO DO MENOR

O princípio do melhor interesse da criança, “deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela Sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e notada de dignidade.” (LOBO, 2011).

Isso posto, conforme normatizado na Constituição Federal de 1988, no artigo 227, é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar o melhor interesse ao menor, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, dentre outros, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ademais, no ECA “o menor torna-se sujeito de muitos direitos que não lhe eram conferidos por nosso ordenamento jurídico” (ELIAS, 2010), e assim há a responsabilização dos pais ou responsáveis pela não efetivação dos interesses essenciais do menor como também a do Estado, o qual pode ser responsabilizado pela não prestação a criança ou adolescente na área da saúde e educação por exemplo.

Abordando de maneira mais minuciosa, a família, que segundo a Constituição é a base da sociedade, tem um papel essencial na formação do menor, uma vez que é a primeira impressão que se tem do mundo, o primeiro contato humano e os primeiros conceitos que servirão na trajetória de cada indivíduo, tendo dessa forma uma importância imensurável nas garantias dos direitos infanto-juvenis.

De acordo com o ECA, no art. 19, toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família, e isso independe do tipo de vínculo familiar, pelo fato de família ser a união de pessoas ligadas por laços de afinidade, consanguinidade e de aliança, e além de serem detentores para efetivação dos direitos do menor, é um ente de defesa e proteção como está estabelecido no Estatuto da Criança e do adolescente e na Carta Magna, assim como “constituem terreno fecundo para a concretização a dignidade humana” (FARIAS, 2006) e que devem ser responsabilizados se ausentes na garantia disso, não devendo esquecer que devem ser amparados pelo poder público e pela sociedade.

A partir disso, percebe-se que além da família, de acordo com o artigo 227 da CF, o Estado é o responsável principal em promover os meios que garantam ao menor seus direitos fundamentais, seus direitos de cidadania com o respeito a sua condição de vulnerabilidade e em desenvolvimento, baseado no princípio da dignidade humana, através da promoção de programas assistenciais essenciais ao desenvolvimento da

criança e adolescente com cumprimento, execução e aprimoramento das leis editadas por ele próprio, e devendo ser responsabilizados pela omissão ou conduta da inoperância de seus programas através de abrigos, escolas, hospitais.

E finalmente, também há o papel da Sociedade em assegurar a prioridade e efetivação dos direitos referentes à vida, educação, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, cultura, dignidade, respeito, convivência familiar e comunitária, que compreende, por exemplo, na primazia de receber proteção e socorro em qualquer circunstância e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude, de acordo com o art. 4º do ECA, ou seja, deve a sociedade como um todo junto a família e ao Estado efetivar o princípio do melhor interesse do menor para um desenvolvimento digno de um ser, os protegendo e assegurando seus direitos fundamentais.

3 DIVÓRCIO, SEPARAÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS

A lei brasileira sempre buscou impedir a dissolução dos vínculos conjugais na escolha da não prevenção da possibilidade de um dos cônjuges buscar a separação se não houvesse na lei algum motivo que pudesse imputar ao outro (DIAS, 2014), ou seja, o cônjuge não podia buscar a separação se não conseguisse buscar uma culpa previsto no Código Civil, e quem violasse os deveres do casamento não podia buscar a separação.

Mas essa ideia ia contra ao priorizado pela Constituição, que é a dignidade da pessoa humana que consagra como direito fundamental a liberdade, uma vez que “a dissolução do casamento estava condicionada a decursos de prazo e identificação de causas” (DIAS, 2014). Assim, a CF/88 trouxe profundas alterações na disciplina da dissolução da sociedade conjugal, em seu art. 226, “diminuindo consideravelmente o prazo para obtenção do divórcio e tornando o divórcio direto regular, e não mais excepcional como ocorria no direito anterior.” (NETO, 2009).

Frente a isso, através da Emenda Constitucional 66/10, quase todo o capítulo sobre dissolução conjugal fora derogado, passando a admitir a dissolução do casamento exclusivamente por meio do divórcio, havendo então a possibilidade de os cônjuges a qualquer tempo buscarem essa dissolução.

O divórcio e a separação diferem, uma vez que:

O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso, ensejando àqueles a possibilidade de um novo casamento. Já a separação é apenas o estado de dois cônjuges que são dispensados pela justiça dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, relaxando os liames do matrimônio com a liberação dos cônjuges de certos deveres, mas não provoca o rompimento conjugal, não possibilitando a convolação de novas núpcias (CAHALI, 2002).

Mas os dois institutos têm em comum o fato de porem termo à sociedade conjugal, de acordo com o artigo 2º, III e IV, da Lei 6.515/77 e artigo 1751 do CC. E devem resultar de uma sentença, onde a dissolução conjugal e o desfazimento do vínculo matrimonial só pode ser efetivada através da intervenção do poder judiciário.

Na decisão de desconstituição do vínculo, os cônjuges devem informar a existência de filhos menores ou inválidos para lidar a respeito da guarda, educação e a criação do ser em geral, onde é convencionado sobre como e quem ficará com os filhos. É uma consequência natural do direito de os conjugues se desvincularem, por mútuo acordo, resolverem sobre a guarda dos filhos comuns, onde a lei deve respeitar-lhes a vontade da decisão tomada por eles. Mas, de acordo com o artigo 13 da Lei do Divórcio, que corresponde ao antigo artigo 327 do Código Civil, se houver motivos graves, o juiz poderá pelo bem dos menores, regular o convencionado de modo diverso, a situação dos filhos com os pais.

Historicamente, os filhos sempre estiveram aos cuidados da mãe, e por isso, com a separação os filhos eram predestinados a ficar com a figura feminina. Com a CF/88 e o advento do princípio da igualdade foi assegurado ao homem e à mulher os mesmos direitos referentes a sociedade conjugal, dando uma nova configuração ao poder familiar, concomitantemente ao que ECA proporcionou a prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformando-os em sujeitos de direitos envoltos por garantias e direitos fundamentais.

Entretanto, não se atentando ao estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil descuidou-se de introduzir o princípio do melhor interesse do menor, abordando através da proteção da pessoa dos filhos a guarda, a qual era unipessoal e com regime de visitas, porém, “é preciso efetivar no caso concreto, no cotidiano jurídico, a afirmação da dignidade humana, como postulado básico da ordem jurídica.” (FARIAS, 2006).

Fundamentado nisso, a guarda unilateral deixou de ser a prioridade, com o surgimento da guarda compartilhada que se valeu como a preferível, sendo imposto ao juiz

informar sobre este tipo de guarda e possibilitando sua imposição independente de consenso, sendo importante salientar a importância desse assunto “pelo fato da colaboração que os institutos do Direito de Família devem ter para o reconhecimento da dignidade do homem, materializando o próprio exercício de cidadania” (FARIAS, 2006).

4 ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS SEQUELAS

4.1 A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONDUTAS

Pode-se afirmar a extrema importância das relações familiares para o desenvolvimento social e moral do ser humano, contudo podem ser ameaçadas por alguns atos. Normatizada pela Lei 12.318/2010, a alienação parental pode ser definida como o ato de repudiar ou causar prejuízos no vínculo com um dos pais, o qual é praticado pelo outro genitor, avós ou por quem tem o menor sob responsabilidade através da guarda ou vigilância, interferindo na formação psicológica da criança ou adolescente.

Ou seja, a alienação parental é um conjunto de práticas que estimulam a desmoralização, em que geralmente um genitor, o cônjuge alienador, transforma a consciência dos filhos com o intuito de impedir, destruir ou colocar obstáculos aos vínculos com o outro genitor, sem que existam motivos reais para que justifiquem essa atuação, acarretando em sintomas “que se instalam em consequência da prática, de que os filhos foram vítimas, de extrema reação emocional ao genitor” (DIAS, 2014, p. 16) caracterizando esta última definição como Síndrome de Alienação parental, denominada pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner.

De modo geral, é o guardião que monitora o tempo e o sentimento da criança ou até por outros parentes, que desencadeiam uma série de condutas para desmoralizar o outro. Assim, ocorrendo geralmente no momento da dissociação do vínculo conjugal, os filhos são tratados como instrumentos de vingança pelo cônjuge alienador, que leva o menor a rejeitar e odiar o cônjuge alienado, sendo mais fácil pelo fato da fragilização da criança no momento da separação ou divórcio, quando há um sentimento de orfandade psicológica (DIAS, 2014, p. 15-16).

A alienação parental é como uma programação para o menor odiar o outro genitor sem motivos, com a finalidade de “levar o filho a afastar-se de quem o ama,

gerando contradição de sentimentos, muitas vezes, destruição do vínculo afetivo, pois a criança acaba acreditando em tudo o que lhe é informado” (DIAS, 2014, p. 16), acarretando a desconstituição do cônjuge-alienado pela própria criança.

Para conseguir essa finalidade e acarretar os sintomas instalados pela prática, o alienador se utiliza de diversas condutas, as quais são diversas e assim, difícil de tipificar. Dentre elas, pode-se exemplificar o ato de desqualificar o outro cônjuge para os filhos; impedir a visitação; tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro; ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro genitor; apresentar novo cônjuge como novo pai ou mãe; dificultar o exercício da autoridade parental, etc. “Mas a ferramenta mais eficaz é a denúncia de práticas incestuosas” (DIAS, 2014, p. 16), onde o alienador se utiliza de um período de visita para insinuar a prática de aproximações de natureza sexual do cônjuge alienado para com a criança, em que este, muitas vezes, acaba sendo convencido da existência do acontecimento.

E diante da gravidade da denúncia, os profissionais como psicólogos e advogados sentem-se no dever de tomar uma atitude, acarretando na propositura de uma ação de suspensão de visitas, em que o juiz ao não encontrar outra saída determina além de procedimentos para investigação, a suspensão do contato entre a criança e o genitor denunciado, acarretando no sentimento de vitória ao alienado, tendo alcançado seu “objetivo”, de romper o vínculo afetivo (DIAS, 2014, p. 17).

Dessa forma, a alienação parental atinge o direito fundamental das crianças e adolescentes de convivência familiar saudável, interferindo nas relações de afeto e constituindo abuso moral contra esses sujeitos em desenvolvimento pois se classifica como uma forma de abuso colocando em risco a saúde emocional e psíquica do menor, ferindo o princípio do melhor interesse do menor.

4.2 EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Diante da situação pela qual a criança e adolescente é inserido na alienação parental, é evidente que como consequências, diversos efeitos negativos serão gerados ao menor, os quais variam de acordo com a idade do filho, personalidade, vínculo que havia com o cônjuge alienado, residindo principalmente no fato do filho ser convencido e não conseguir diferenciar o que está envolto a manipulação e o que é real, acreditando no que é dito a ela de maneira insistente pelo alienador. Além disso, pode-se ocorrer a

destruição do vínculo afetivo como nos casos de denúncia de abuso sexual, ou até mesmo por escolha do filho, que muitas vezes tem sua saúde emocional atingida “a qual acaba passando por uma crise de lealdade: a lealdade para um dos pais implica deslealdade para com o outro, gerando um doloroso sentimento de culpa.” (DIAS, 2014, p. 17).

O conflito trazido pela alienação parental acarreta em ansiedade, medo, insegurança, isolamento, tristeza e depressão, dificuldades escolares, culpa, dupla personalidade, comportamentos suicidas, etc., causando sofrimentos aos filhos e ao cônjuge alienado. Assim, o efeito negativo trazido tem uma proporção muito maior, produzindo sequelas capazes de persistir o resto da vida, uma vez que leva para a criança, comportamentos abusivos, instaurando vínculos doentios e promovendo vivências contraditórias da relação entre pai e mãe, e criando imagens distorcidas deles.

Tal prática fere o princípio do melhor interesse do menor (art. 227, o princípio da dignidade humana, previsto no art.1º, III da CF/88, princípio da paternidade responsável art. 226, §7º e o art. 229), prevendo diante disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que nenhuma criança poderá ser objeto de negligência, violência ou crueldade. Assim, se pode concluir que “a síndrome da alienação parental é uma violação ao direito de personalidade dos filhos, de lesão às suas esferas morais, e anulação das normas legislativas de proteção aos menores.” (SILVA, 2011).

Diante da tamanha interferência da pratica no desenvolvimento e direito de uma vida, a lei da alienação parental (12.318/2010) prevê a necessidade de intervenção judicial, considerando a alienação parental sob o aspecto jurídico, onde a busca pela prestação jurisdicional ou administrativa rápida e visando a segurança, com o intuito de solucionar o mais breve possível os conflitos onde os menores estão inseridos, tendo o princípio da celeridade como importante aliado.

O princípio do melhor interesse traduz a ideia de que quando as instituições públicas ou privadas, autoridades, tribunais ou qualquer outra entidade estiverem diante da possibilidade de tomar decisões sobre os menores, devem considerar as mais favoráveis”, assim, segundo a lei da alienação parental, há a possibilidade de ela ser reconhecida em ação autônoma ou incidentalmente, independente de requerimento específico.

As medidas que podem ser tomadas, após comprovação dos atos por perícia psicológica ou psiquiátrica, onde os profissionais podem, através de laudos e testes,

constatar que o filho foi alienado na vida de um dos pais”, por exemplo, está na convivência assistida da criança e ao adolescente com o alienador, conforme art. 4º da lei, que impediria a manutenção dos atos.

Há também a possibilidade de afastamento dos menores com o genitor alienador, sempre com atenção do juiz e do Ministério Público no curso do processo referente a alienação parental, viabilizando a adaptação da medida ou cautela de urgência, para preservar os interesses da criança ou do adolescente, de acordo com a necessidade de cada caso. Ademais, pode-se destacar o aspecto preventivo, com a indicação da guarda compartilhada, relacionando isso, por exemplo, com o art. 1583, §2º do CC, que busca inibir a guarda unilateral por dificultar o convívio da criança e adolescente com o outro genitor.

Pelo exposto, é evidente a necessidade de medida para uma prevenção ou ao menos uma forma de acalmar a prática dos atos de alienação parental, a qual influi diretamente no desenvolvimento pleno do menor, afetando o direito de uma vida digna e de convivência familiar adequada principalmente na dissolução conjugal, que os deixam em situação de fragilidade e por isso devem ser incluídos em decisões que os protejam da maneira mais plena, como a guarda compartilhada, que de acordo com Leite (1994, p. 281 apud GRISARD, 2009, p. 223), “tem como critério determinante o interesse da criança ou adolescente”.

5 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

5.1 ORIGEM HISTÓRICA DA GUARDA

O decreto 181, de 1890, art.90, fora a primeira regra no direito brasileiro acerca da situação dos filhos nos casos de separações conjugais, estabelecendo em sentença que os filhos menores e comuns deveriam ser entregues aos cônjuges inocentes, ficando uma cota para o culpado com relação a educação dos menores (GRISARD, 2009, p. 58).

No Código Civil de 1916, ao abordar sobre dissolução conjugal e proteção dos filhos, diferenciou a dissolução judicial da amigável, estabelecendo no artigo 325 que ambos os cônjuges conciliariam sobre a guarda dos menores. Também através do artigo 326, o qual abordava a culpa de um ou ambos os cônjuges, esquematizava que havendo cônjuge inocente, este ficaria com os filhos, mas se ambos forem culpados, as filhas

menores assim como os filhos até seis anos de idade, em que o pai obtinha a guarda após essa idade, utilizando-se tais regras quando houvesse a anulação do casamento com a existência de filhos comuns.

No entanto, o juiz poderia direcionar de outras maneiras o instituto da guarda quando houvesse motivos graves relacionados a dissolução do vínculo conjugal. Após, através da Lei 4.121/62, houve alteração nas normas anteriormente destacadas, determinando que se ambos cônjuges forem culpados, a figura materna detinha a guarda, não observando mais a diferença de sexo e idade, exceto disposição jurisdicional contrária. Além disso, na verificação da impossibilidade de ambos os pais terem guarda dos filhos, estes poderiam ficar sob a guarda de pessoa idônea da família, resguardado o direito de visita dos pais.

Com a regulação dos casos de dissoluções conjugais atrelada ao princípio do desfazimento sem culpa com a Lei 6.515/77, revogando as disposições do Código de 16, mas mantendo o sistema com adaptações, dispondo que na dissolução consensual, os cônjuges poderiam conciliar a guarda, e nas não consensuais, seria obedecida cada modalidade.

Ademais, a guarda dos filhos também seria efetivada ao cônjuge presente na ruptura da dissolução, assim como com aquele com condições de assumir de maneira adequada a educação e a guarda. Ressalta-se ainda, que “todos esses critérios são gerais e absolutos, onde o legislador partiu do princípio do que seria mais adequado para os filhos” (GRISARD, 2009, p. 60).

Através do Dec. 17.493, o Código de Menores de 1927 e 1979, introduziram inovações no sistema patriarcal e na individualização jurídica, se utilizando dos termos “encarregado da guarda” e “responsável”, respectivamente, pela guarda, os admitindo em família substituta. Após, o ECA regularizou a posse de fato do menor através da guarda, e o Código Civil de 2002 visando o princípio do melhor interesse do menor, manteve o espírito do sistema que estava em vigência, normatizando que o princípio orientador do juiz ao determinar que a guarda seria a prevalência dos interesses dos filhos, renovando ao submeter o instituto da guarda em sede de medida cautelar de corpos, conforme previsto no art.1.585 do CC.

Dessa forma, diante da evolução história e jurídica da guarda compartilhada, vale-se colocar que de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, “a guarda de filhos menores advém de duas situações distintas, mas que, entretanto, aproveitam o mesmo

conceito: em decorrência da separação ou divórcio dos pais e da que cuida o ECA” (GRISARD, 2009, p. 63), o qual aborda a guarda que decorre da orfandade e do abandono, uma vez sendo impossível a criação do menor na família natural, dando ao menor uma família substitua, e que através dos arts.33 a 35, obriga à prestação de assistência moral, material e educacional ao menor ao detentor.

5.2 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

Resolver a dissolução de vínculos conjugais quando há a existência de filhos se torna uma tarefa mais meticulosa, uma vez que estes devem ser totalmente protegidos de uma situação que os fragilizam por serem os que mais sofrem em uma separação de cônjuges, visto que há a perda de uma estrutura familiar que naturalmente é a base para um desenvolvimento emocional, físico e psíquico da criança e do adolescente, e portanto havendo a ruptura desses laços, os mais frágeis são os mais atingidos envolvidos por sentimentos de solidão, desprezo, culpa, sendo memoráveis na mente de um ser em desenvolvimento.

A guarda “é implicitamente conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decidirá atendendo o melhor interesse do menor, de acordo com o art.1612 do CC” (DIAS, 2014). Diante disso, pode-se afirmar que o critério base para definir a guarda é a vontade dos pais, embora não sendo apenas deles essa decisão, uma vez que a guarda pode ser determinada por outra pessoa com laços de afetividade e afinidade.

Segundo José Antônio de Paula Santos, a guarda pode ser conceituada como “direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este” (SANTOS, p.138-139 apud DIAS, 2014). Assim, de acordo com o artigo 1634, II do Código Civil e artigos 21 e 22 do ECA, o instituto da guarda nasce como um direito, dever intrínseco e natural dos genitores, consistente na convivência com os menores e é pressuposto que possibilita a função de pais disposta no artigo 1634 do CC, segundo Maria Berenice Dias.

A guarda não retira dos pais a detenção do poder familiar, pois é dever intrínseco a esse poder, assim como o dever de educação e sustento de acordo com o art1634, I do Código Civil. No ordenamento jurídico brasileiro há diversos dispositivos referentes a guarda a qual pode se desvincular do poder familiar embora não causando

sua perda. Dessa forma, para saber o que se aplicar a determinada criança ou adolescente, deve-se observar a situação a que estão inseridas.

No caso de guarda originada entre uma disputa dos pais, há a aplicação no disposto nos artigos 9º ao 16º da Lei 6.515/77, a qual “regula os efeitos e processos da dissolução conjugal podendo dar outras providencias, trazendo a possibilidade dos genitores decidirem sobre a guarda dos filhos menores mas possibilitando, que o juiz decida diferente do acordado” (DUPRET, 2015). Nos casos de guarda como modalidade em família substitua, por exemplo, serão aplicados os artigos 33 a 35 do ECA, preocupando-se com a guarda atribuída a terceiros.

Baseando-se no fato que a guarda deve ser determinada de acordo com a situação no caso concreto, o artigo 1.634 do CC, dispõe além da guarda compartilhada, a guarda unilateral, em que um dos genitores tem a guarda do filho e ao outro é assegurado o direito de visita, que de acordo com Maria Berenice Dias, “quanto mais conflituoso o relacionamento dos genitores, mais minuciosamente é regulamentado o direito de visitas, estabelecendo-se dias e horários de forma bastante rígida”. Assim, com o filho na companhia de um dos pais, dava uma ideia de que o menor era “coisa”, como um objeto e não um sujeito de direito, e o horário de visitas como um tipo de fracionamento da criança ou adolescente.

Ademais, “o estabelecimento da guarda e a regulamentação das visitas implicavam na exclusão dos genitores da maior parte das atividades da vida cotidiana da criança”. Assim, o sistema de guarda única, de acordo com Waldyr Grisard (2009), não estava mais atendendo a problematização da guarda de filhos na dissolução das sociedades conjugais.

Logo, foi cabível a normatização legal que dá a ambos genitores a responsabilidade de forma igualitária e a execução de direitos e deveres relacionados ao poder familiar representado através do art.1583 §1º. Assim, ao pai que detinha apenas o direito de visita, não estaria mais limitado apenas a fiscalizar como está o filho na guarda do outro genitor, pois “ambos os pais persistem com todo o complexo de deveres que decorrem do poder familiar, sujeitando-se a pena de multa de agirem dolosa ou culposamente de acordo com o artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente” (DIAS, 2014). Mas foi pela Lei 13.058/2014 que se passou a privilegiar a guarda compartilhada, possibilitando uma divisão de encargos garantindo a

corresponsabilidade parental e “se fundamentando na ordem constitucional e psicológica” (DIAS, 2014, p. 454).

Assim, normatizada pela Lei 13.058/2014, que torna guarda compartilhada a regra, ou seja, a prioridade diante da decisão do juiz e colocando a guarda unilateral apenas nos casos de um dos genitores abrir mão ou não ter condições de cuidar do filho podendo causar riscos a ele. Ressalva-se também que essa norma se aplica a casos que já foram decididos, onde a mudança da guarda unilateral para compartilhada poderá ser através de uma nova ação pelos pais com pedido de revisão da guarda.

5.3 DESDOBRAMENTOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o intuito de colocar os interesses da criança e do adolescente como fundamentos básicos nas soluções de situações as quais eles estão inseridos, com a proteção dos seus direitos (art. 227 CF/88), “a guarda compartilhada surge para responder as exigências daquele princípio, reequilibrando os papéis parentais nos cuidados aos filhos menores de idade ou maiores incapazes” (GRISARD, 2009).

Ou seja, esse tipo de guarda garante uma aproximação física e emocional dos filhos com ambos genitores apesar da dissolução do casamento ou união estável e “seus fundamentos são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole” (MOTTA, p.597 apud DIAS 2014).

A guarda compartilhada proporciona a participação conjunta dos pais no desenvolvimento do menor, democratizando as responsabilidades daqueles com seus filhos, acompanhada da manutenção dos laços de afetividade com o intuito de diminuir os efeitos causados pela separação na vida e desenvolvimento do menor e do adolescente, que inserido nesse tipo de guarda, tem acesso a ambos os pais de maneira igualitária e com a garantia de que eles estarão acordados nos deveres intrínsecos ao poder familiar, assim como os direitos que este poder lhes proporciona.

De acordo com Maria Antonieta Piasano Motta (MOTTA apud DIAS, 2014), a guarda compartilhada deve ser utilizada tendo como base o fato do pai e a mãe serem importantes igualmente para os filhos de qualquer idade, e assim essas relações devem ser preservadas para garantir o desenvolvimento físico-psíquico adequado das crianças ou adolescentes envolvidas.

O modelo de compartilhamento é aceito pela doutrina e pelo judiciário, acompanhado das normas referentes ao bem-estar do menor, que se mostram favorável a esse tipo de guarda. De acordo com o artigo 1632 do CC, a dissolução da união estável e o divórcio não mudam a relação dos pais com os filhos, sendo aqueles atribuídos a responsabilização dos deveres e direitos do poder familiar, de acordo com o artigo 1.583 §1º, onde sua aplicabilidade leva os cônjuges a superarem as frustrações da separação e se voltarem ao melhor interesse dos filhos.

Sendo assim, a preferência legal é pela guarda compartilhada, uma vez que garante a maior participação de ambos os pais no desenvolvimento e criação dos descendentes e retira a ideia de posse propiciando a continuidade do vínculo dos filhos com os pais de forma igualitária.

Atualmente a preferência pelo compartilhamento está expressa na norma legal, podendo ser imposta por um consenso ou determinação judicial, podendo ser buscada por um dos pais em ação autônoma quando não for determinada na dissolução do vínculo conjugal, de acordo com o artigo 1.584 I. Ressalta-se ainda que “em um pedido onde um dos pais reivindica a guarda, mostrando ao juiz que ambos têm condições de o filho companhia, deve determinar a guarda conjunta” (DIAS, 2014), e dessa forma, traz mais benefícios ao menor ou adolescente, que não estará submetido a um regime de visitas, com dias e horários preestabelecidos e prevendo sanções aos genitores por possíveis inadimplementos.

Vale-se ressaltar ainda, que a guarda compartilhada é a existência de dois lares, ou seja, mais de um domicílio para o filho, admitido pela lei no artigo 71 do Código Civil, ficando o filho livre para mudar de uma residência para outra de acordo com sua vontade. Ademais, a guarda compartilhada não coíbe a fixação dos alimentos, uma vez que os genitores podem ter condições diversas.

Todavia quando ambos os pais se manifestarem expressamente acerca da guarda unilateral, onde um dos genitores tem a guarda e ao outro é resguardado o direito de visita, o juiz não pode estabelecer o compartilhamento, somente quando um dos pais não aceitar a unilateralidade, deve ser determinada o compartilhamento de ofício ou a requerimento do Ministério Público, de acordo com o artigo 1.584 §3º, se esta for o determinado da equipe interdisciplinar ou técnica.

Dessa forma, a guarda compartilhada é um instituto totalmente preferencial no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que resguarda o melhor interesse do menor no

momento em que estabelece a convivência de ambos os pais com os filhos, por possuírem extrema importância no desenvolvimento emocional e social do menor, diminuindo assim as consequências negativas deixadas na criança ou no adolescente inseridos na dissolução da sociedade conjugal.

5.4 A GUARDA COMPARTILHADA NA EFETIVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR DIANTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

É certo que a alienação parental “configura descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental e precisa ser identificada para tornar efetivo o comando constitucional que assegura a crianças e adolescentes proteção integral com prioridade” (DIAS, 2013, p. 19), conflitando diretamente com o princípio do melhor interesse do menor.

Diante das diversas formas de guarda, e o que cada uma representa, é certo que a guarda compartilhada é a preferência no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que privilegia “a continuidade da relação da criança com sus dois genitores após a ruptura, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e criação do menor [...] mantendo a ligação emocional com ambos os pais” (GRISARD, 2009, p. 12). Assim, a guarda compartilhada contribui no desenvolvimento dos menores com menos traumas que a guarda unilateral.

A aprovação da lei da alienação parental, segundo Perez, vem de um contexto pela busca de um maior equilíbrio na participação dos genitores na formação e contribuição no desenvolvimento dos filhos, onde a família deixa de ser uma unidade de criação e procriação para se tornar um instituto de realização dos seus integrantes, e isso é confirmado na aprovação da lei 11.698/2008, a qual estabelece a guarda compartilhada como preferência (PEREZ, 2013, p. 41), ou seja, a normatização da lei sobre alienação parental vem envolta pela ideia da manutenção da relação plana de ambos os pais com os filhos, sendo isso encontrado na guarda compartilhada.

É evidente então que a guarda compartilhada proporciona aos pais, de forma igualitária e simultânea, todos os direitos e deveres relativos aos menores, pressupondo assim a máxima colaboração entre os genitores, uma vez que as decisões relativas aos filhos devem ser tomadas em conjunto, diferente da guarda alternada, por exemplo, que cada cônjuge decide sozinho, enquanto estiver com a guarda (GRISARD, 2009, p. 217).

De acordo com Perez (2013, p. 56), a guarda compartilhada garante uma equilibrada participação de pai e mãe na formação dos filhos, o que representa importante instrumento, com larga eficácia, para inibir a alienação parental, e isso acontece pois nesse tipo de guarda, os pais cooperam entre si, não expondo os filhos a seus conflitos, minimizando-os, uma vez que “a cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos” (GRISARD, 2009, p. 217).

A guarda compartilhada “reafirma a igualdade parental desejada pela Constituição Federal e pontua seu argumento fundamental nos melhores interesses das crianças” (GRISARD, 2009, p. 217), ou seja, caracterizando esse tipo de guarda com condutas que inibem a alienação parental, como a qualificação na aptidão de ambos os pais e maior cooperação entre eles como já foi explanado.

Na ruptura da sociedade conjugal ou afetiva, o sentimento de ambivalência, raiva e perda é evidente, acarretando nos atos que configuram a alienação parental, e uma elaboração adequada na ruptura do vínculo conjugal com a possibilidade de convívio com o filho para ambos os pais, retirando a ideia de vingança uma vez que os genitores terão igualdade na criação do menor. Assim, a guarda compartilhada é de fato o meio mais propício para inibir a síndrome da alienação parental, uma vez que é a modalidade que garante a existência e respeito dos princípios e direitos inerentes aos menores.

Diante disso, é afirmativo que na guarda compartilhada é exercitado de maneira mais fácil o cotidiano, proporcionando ao menor uma maior segurança de seus sentimentos, diminuindo os efeitos da alienação parental como ansiedade, bipolaridade e outros, pois além disso, nenhum pai argumentará de que tem a guarda exclusiva, e por isso agirá da forma que bem entender com o filho, o que ameniza a ocorrência das condutas da alienação parental. O fato da criança ou adolescente não ter que escolher com qual dos pais gostaria de ficar é outro benefício trazido pela guarda compartilhada que influi na amenização da alienação parental, uma vez que não será possível o sentimento de interiorização ao não ser escolhido pelo possível cônjuge alienador (ABRAHÃO, 20017 apud FONTELES, 2014).

Portanto, a guarda compartilhada proporciona uma relação de igualdade entre ambos os genitores, excluindo possíveis conflitos proporcionados por outras formas de guarda e da síndrome da alienação parental, amenizando a infringência no princípio do melhor interesse do menor, e conseqüentemente o princípio da dignidade humana,

fornecendo a esses seres em desenvolvimento uma vida equilibrada e adequada de acordo com a situação que estão inseridos.

6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho permitiu analisar como o instituto da guarda compartilhada pode ajudar na efetivação do princípio do melhor interesse do menor no ordenamento jurídico brasileiro ao buscar inibir o ato da alienação parental, o qual está comumente presente na dissolução dos vínculos conjugais, buscando expor a evolução desse princípio, sua extrema importância na construção do ser humano. E como a família, o Estado e a sociedade têm seu dever diante do desenvolvimento adequado da criança e do adolescente, procurando enfatizar o papel familiar na vida desses menores.

Diante da dimensão importante que é o menor inserido na sociedade e seus direitos, a concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é essencial. Assim, se ameaçada, como através do ato da alienação parental o qual causa prejuízo no vínculo de um dos pais, sendo este primordial na composição do menor, é imprescindível analisar uma solução, pretendendo-se assim, isso na guarda compartilhada.

Em síntese, a guarda compartilhada é um instituto do direito de família que sugere o compartilhamento e a responsabilização conjunta da criança entre os genitores sem mais convivência conjugal. Logo, esse tipo de guarda é utilizado quando houver dissolução no vínculo conjugal e vem ganhando grande espaço no direito brasileiro devido as suas características, que permitem o contato da criança com ambos os pais de maneira igualitária.

Outrossim, foi analisado ainda o ato da alienação parental, suas diversas características, formas e consequências negativas que impedem um adequado desenvolvimento da criança e adolescente no relacionamento familiar e, por conseguinte, na sociedade, e como elas se constituem na separação e no divórcio, partindo de um dos genitores contra o outro através do menor.

A relevância desse assunto é extrema, dado que além de tratar primordialmente do princípio base do ser humano, o da dignidade da pessoa humana, discorre sobre esse mesmo princípio associado ao menor, pessoas mais fragilizadas e que carecem da

proteção adequada e digna de sua pessoa, assim como dos amparos legais apropriados, visto que são seres em desenvolvimento numa sociedade repleta de dificuldades e falhas no âmbito social, moral, familiar e que muitas vezes não zela por suas pessoas de modo correto.

Logo, percebe-se a necessidade de mecanismos que possam suprir tais dificuldades, e no caso em questão, a guarda compartilhada inserida como solução nas dissoluções dos vínculos conjugais seria uma forma útil de evitar consequências negativas trazidas pelo ato de separação e divórcio aos menores envolvidos e que estão fragilizados a essa situação e portanto, mais suscetíveis a atos como o da alienação parental, oriundo dos genitores que também estão passando por um momento complicado.

Diante disso, tornou-se perceptível que a aplicação desse tipo de guarda é uma forma de resguardar a dignidade da pessoa humana aos menores e assim, de respeitar o Princípio do Melhor interesse da criança e adolescente mantendo condições adequadas à eles de um desenvolvimento saudável familiar, que por sua vez irá corroborar para uma vivência plena e adequada em sociedade.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréia Rodrigues et al. **Curso de direito da criança e do adolescente** aspectos teóricos e práticos. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

ANDRADE, Anderson Pereira. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público** Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 8, V. 15, p. 9 – 28, jan./jun. 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: A família na travessia do milênio. II Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Anais...** do Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 201-213.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUPRET Cristiane **Curso de direito da criança e do adolescente**. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2015.

ELIAS Roberto João. **Comentário ao estatuto da criança e do adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves. **A separação judicial à luz do garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERREIRA, LUIZ ANTONIO MIGUEL; DOI, CRISTINA TERANISE. A PROTEÇÃO INTEGRAL DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES VÍTIMAS. XXI Congresso Nacional da ABMP. **Anais...** Belo Horizonte/MG. 2006.

GRISARD, Filho Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JÚNIOR, Alberto do Amaral; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Biblioteca Edusp de Direito 6, 1999.

JÚNIOR, Marcus Vinícius Pereira Júnior. **Orçamento e políticas públicas infanto-juvenis**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil Famílias**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MARMELSTEIN George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE JURISDICIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA FILOSOFIA DO DIREITO E DA EVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO PROCESSUAL

Caio Filipe Rêgo Cavalcanti¹

Thiago Tavares de Queiroz²

RESUMO

Por meio do presente artigo foram rememorados os pensamentos juspositivista kelseniano e pós-positivista, bem como as fases sincrética, autônoma e instrumental da ciência processual. Posteriormente, conhecendo da teoria geral da filosofia jurídica e da ciência processual passou-se a analisar o Processo Civil brasileiro, especificamente, em como as elaborações das codificações de 1973 e 2015 foram influenciadas pelos movimentos acima citados. Para tanto, além da abordagem transdisciplinar, foi-se utilizada a análise dedutiva, já que se buscou a compreensão aos pensamentos jusfilosóficos e da ciência processual para à luz destes analisar ao direito processual civil pátrio.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Instrumentalidade das formas. Processo civil brasileiro. Novo código de processo civil. Inafastabilidade da jurisdição.

BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE AND THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE PHILOSOPHY OF LAW AND THE SCIENTIFIC EVOLUTION OF THE PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

In the present paper, Kelsenian juspositivism and post-positivism, as well as the syncretic, autonomous, and instrumental phases of procedural science were taken into consideration. Subsequently, knowing the general theory of philosophy of law and procedural science, we began to analyze the Brazilian civil procedure, specifically, aiming at how the elaborations of the 1973 and 2015 codifications were influenced by the aforementioned movements. Therefore, in addition to the transdisciplinary

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: cavalcanti.cfr@gmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: thiagotdqueiroz@gmail.com

approach, we used the deductive analysis, seeking to understand the connecting points of the philosophy of law and the procedural science in the codified national civil procedural law.

Keywords: Post-positivism. Instrumentality of forms. Brazilian civil procedure. New code of civil procedure. Principle of access to justice.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade analisar as diferenças fundamentais entre as duas últimas codificações processuais pátrias: o Código Processual Civil de 1973 e o novo Código de Ritos elaborado em 2015. Tal análise possuiu duas grandes lentes, a processual, aqui utilizada com o intuito de compreender a progressão científica ocorrida durante a recente história do processo, e a filosófica, objetivando entender aos pensamentos jusfilosóficos dos séculos XIX, XX e XXI. Mais especificamente, à luz da filosofia do direito, tentou-se perceber como a teoria geral da ciência jurídica foi pensada durante o final do século XIX até o tempo atual, e, para isso, a bibliografia contou com autores como Bobbio, Kelsen e Larenz.

Logo após, passou-se a analisar a história recente do Processo Civil, suas características marcantes e o quão fora influenciada pela progressão histórica do pensamento jusfilosófico.

Por fim, foi averiguado o quanto o sistema processual brasileiro foi marcado pelas mudanças que ocorreram na ciência jurídica e no ramo processual. Para tanto, foi apurado o quanto as duas últimas codificações foram influenciadas por estas modificações.

Pelo acima narrado, fica evidenciado o caráter meramente teórico desta pesquisa, já que se ocupou apenas em teorizar a respeito do tema, não possuindo a conotação de intervir na realidade jurídica, mas apenas a proposta de analisar, em uma perspectiva histórica e filosófica, os dois últimos Códigos processuais nacionais.

Para isto, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, bem como a análise de documentos - em específico, das duas últimas codificações processuais pátrias e da Constituição Federal.

Quanto à forma de abordagem, esta se deu de maneira qualitativa, já que, a pesquisa em questão não objetivou quantificação, e sim o compromisso com a busca de informações corretas e sérias sobre a temática.

As análises em questão se deram de maneira dedutiva, já que partiram de premissas gerais em busca de resultados específicos, visto que a partir dos pensamentos da filosofia do direito e da ciência processual foram obtidas conclusões a respeito do sistema processual pátrio.

Por fim, cumpre destacar que o presente trabalho possui abordagem transdisciplinar, já que é a filosofia que se ocupa em estudar os pensamentos jusfilosóficos aqui abordados, e é o direito que cuida da análise do ramo processual civil.

2 PRINCIPAIS PENSAMENTOS JURÍDICOS DOS SÉCULOS XIX À XXI: JUSPOSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO (JURISPRUDÊNCIA DE VALORES)

Na idade média as pessoas viviam em diversos agrupamentos sociais, tendo cada um seu próprio ordenamento jurídico, marque-se que estes eram construídos de maneira autônoma, ou seja, eram elaborados pelos indivíduos do próprio grupo sem qualquer interferência de um terceiro, leia-se, sem a intromissão do Estado. Mas, com a dissolução das sociedades medievais e à formação dos Estados modernos, os diversos grupos sociais passaram a formar um só povo, o qual passou a ser tutelado por um único Estado, que por sua vez concentrou em si todos os poderes, inclusive o legislativo (BOBBIO, 2006, p. 26 e 27).

A consequência disso foi a monopolização da produção de normas jurídicas pelo ente estatal, o qual, nas palavras do próprio Bobbio: “não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito” (BOBBIO, 2006, p. 27).

Pois bem, este foi o marco histórico para ascensão do pensamento jusfilosófico denominado positivismo jurídico, tema do subtópico que se segue.

2.1 O POSITIVISMO JURÍDICO DOS SÉCULOS XIX E XX

Inicialmente cumpre destacar que existiram diversas correntes de juspositivismo, mas que o presente trabalho se atém a analisar a perspectiva juspositivista do final do século XIX e do início do século XX, que tem Kelsen como um dos principais pensadores.

Neste modelo de positivismo jurídico, o aplicador do direito deveria estudar seu ramo da mesma forma que um cientista estuda a natureza, de maneira meramente observatória e formal, sem realizar qualquer atribuição de juízo de valor (BOBBIO, 2006, p. 131). Ou seja, não caberia ao jurista refletir sobre a carga axiológica de uma norma – se justa ou injusta – mas apenas analisá-la em uma dimensão formal, se se encontra em vigência e vigor, bem como se não foi revogada por outra espécie normativa (seja superior, específica ou posterior).

Tal ideia se encontra perfeitamente sintetizada no trecho da obra: O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito que segue infracitado.

O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas (BOBBIO, 2006, p. 135).

Assim sendo, diferentemente de hoje, uma constituição – codificação que traduz as leis e princípios máximos de um ordenamento jurídico – não poderia ser pensada como uma forma de agregar ao sistema valores meta-jurídicos, dos quais, todo o ordenamento devia obediência sob pena de inconstitucionalidade, dado o respeito ao que hoje entendemos como simetria constitucional.

Na verdade, a codificação máxima de uma nação apenas servia como fundamento para que os códigos inferiores tirassem dela suas respectivas validades, o que em cadeia justificaria a existência de cada norma presente no ordenamento.

E, apesar de o jurista não dever se preocupar com a carga axiológica das normas, não é como se o ideal de justiça e as discussões sobre o que seria mais correto fossem banais, elas apenas não serviam para justificar a legitimidade de um ordenamento jurídico positivo.

Até porque a legitimação de um sistema jurídico a partir da moral pressupunha a existência de apenas uma única ética válida, quando na verdade coexistem diversos sistemas morais em uma mesma sociedade (KELSEN, 2009, p. 75).

Então, se legitimado apenas pela moral de um determinado grupo social, o ordenamento jurídico poderia não possuir validade diante dos demais. Já que, se a

legitimidade de uma norma estivesse condicionada unicamente a aspectos materiais, em caso de ser considerada injusta por um outro grupo, esta não deveria ser aplicada a ele, pois, se injusta, não possuiria validade diante daquele grupamento.

Portanto, pouco importava a opinião do aplicador do direito sobre o conteúdo de uma determinada norma jurídica. Para utilizá-la bastava a analisar sob uma ótica formal, ou seja, se cumpriu à risca o processo legislativo, se passou pelo período de vacância e se eventualmente não fora revogada por outra espécie normativa, como bem aduziu Kelsen:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, (...), mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito (KELSEN, 2009, p. 221).

Feitas as devidas considerações acerca do positivismo jurídico dos séculos XIX e XX que teve Kelsen com um de seus grandes pensadores, o próximo subtítulo irá discorrer sobre o movimento jusfilosófico posterior.

2.2 O PÓS-POSITIVISMO (JURISPRUDÊNCIA DE VALORES)

Havendo a axiologia sido descartada do positivismo jurídico, cedo ou tarde, surgiriam questões que esta corrente de pensamento seria incapaz de resolver. O grande problema do juspositivismo foi que, como categoricamente afirmou um de seus grandes idealizadores: “(...) todo e qualquer conteúdo pode ser direito” (KELSEN, 2009, p. 221). Ou seja, se uma norma jurídica permitisse o assassinato de uma pessoa humana por um motivo fútil ou torpe, tal espécie normativa seria legal, desde que atendesse aos requisitos formais de validade impostos pelo ordenamento.

Pois bem, isto significa que no juspositivismo, pensamentos como o nazista poderiam ser respaldados por um sistema jurídico, desde que a elaboração das leis respeitasse ao devido processo legislativo imposto pelo ordenamento, já que indiferente era o conteúdo trazido pelas normas.

E, de fato, a legitimação do nazismo alemão não possuiu impedimentos jurídicos, visto que: “o positivismo jurídico, visto sob o ponto de vista formalista, não tinha respostas a sistemas jurídicos como o nazista, já que, sob o aspecto formal, estava validamente construído” (BEZERRA, 2015, p. 42).

Então, com o fim da segunda guerra mundial, e as aproximadamente 60 (sessenta) milhões de mortes deixadas como legado, o positivismo jurídico deixou de imperar como doutrina mais adequada a responder as questões existentes dentro da ciência jurídica.

Isto porque, de nada adiantava a concretização do ideal de segurança jurídica se as normas ignorassem totalmente ao sentimento de justiça de toda uma nação e nenhuma providência pudesse ser imediatamente tomada quanto a isso. Já que a não aplicação de uma norma só seria possível a partir de sua revogação, a qual só poderia ser realizada pelo poder legislativo, sendo que tal órgão poderia ser extremamente moroso na criação de uma nova lei, ou até mesmo não ter interesse na mudança legislativa por mera conveniência.

Ou seja, tal concepção de direito deixava toda a população a mercê dos legisladores nacionais, que poderiam a qualquer instante legislar pondo em pauta apenas os próprios interesses, e, como apenas as leis determinavam o que era correto, o órgão legislativo poderia se utilizar disso ao seu bel prazer, o que remonta ao conceito de justiça trazido por Trasímoco no livro I da República de Platão (BOBBIO, 2006, p. 227).

Eis que surge a necessidade de se repensar a ciência do direito, que não mais poderia possuir um caráter puramente formal como propuseram os juspositivistas. E, diante do desprestígio do positivismo jurídico, incapaz de evitar uma tragédia humanitária, tudo levou a crer que a doutrina jusnaturalista renasceria, dada sua conotação puramente axiológica de se pensar o direito (MARMELSTEIN, 2013, p. 10).

Entretanto, não foi o que ocorreu. Aconteceu que o direito positivo foi repensado, lido à luz do direito natural, como bem pontuou Marmelstein:

Na verdade, o que houve foi uma releitura ou reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de se pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor da dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. O direito natural, na verdade, positivou-se (MARMELSTEIN, 2013, p. 10).

Ganha força então a escola denominada jurisprudência de valores, ou pós-positivista, que ainda reconhecendo a importância da existência de requisitos formais de validade das normas jurídicas, passa a admitir que estas também devem conter valores axiológicos, os quais passam a coexistir.

Assim sendo, o direito volta a possuir ligação com a moral de maneira direta, devendo esta não só ser observada dentro de um papel legislativo, mas como também devendo ser levada em consideração no momento da aplicação da lei ao caso concreto pelo Estado-juiz.

A grande questão seria até que ponto a moral poderia influenciar na aplicação das normas, e mais, se os princípios seriam meros orientadores e fundamentadores das normas jurídicas ou se, além disso, também seriam espécies normativas.

Para Larenz, os princípios não eram concebidos como normas jurídicas autônomas, apesar de fortemente realizarem as funções fundamentadora e orientadora dentro do sistema jurídico, como pode ser constatado a seguir:

A injustiça de uma lei em particular só pode ser reconhecida quando for extremamente grave ou contrária a princípios que ocupam o status constitucional, (...), são os princípios que podem dar qualidade de justo ou injusto para determinada regulação (LARENZ, 2001, p. 30).

Por fim, complementa o autor:

Não se pode discutir a validade de uma lei em particular quando o ordenamento no geral é justo. Uma determinada norma injusta pode servir, pelo menos, para a garantia da segurança jurídica. A injustiça de uma lei em particular só pode ser reconhecida quando for extremamente grave ou for contrária a princípios que ocupam o status constitucional (IDEM, p. 31).

Todavia, convém ressaltar que nos dias atuais a existência da função normativa dos princípios é algo consensual entre a doutrina, como bem destacou Bezerra: “Larenz ainda não definia princípios como se entende nos dias atuais (espécie de norma jurídica com força normativa)” (BEZERRA, 2015, p. 45); na mesma toada segue Marmelstein:

O pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam os seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade (MARMELSTEIN, 2013, p. 10 e 11).

Por fim, a partir da curta análise destes movimentos jusfilosóficos, cumpre reconhecer o falecimento do Estado legislativo – fruto do positivismo jurídico –, o qual fora sucedido por um modelo de Estado constitucional, onde as normas deixaram de ser fins em si mesmas, e passaram a representar meros meios para a concretização daquilo que seria correto. Assim como o direito material, o direito processual também sofreu

alterações ao decorrer do espaço e tempo, tanto em nível nacional, quanto em nível global, e a análise de tais mudanças serão os temas dos capítulos a seguir.

3 A EVOLUÇÃO CIÊNTIFICA DO DIREITO PROCESSUAL: SINCRETISMO, AUTONOMIA E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Como bem explorado no tópico anterior, a ciência jurídica passou por três grandes fases de pensamento: o jusnaturalismo, o juspositivismo e o pós-positivismo.

Sendo o jusnaturalismo e o juspositivismo formas antagônicas de se pensar a ciência jurídica, já que enquanto uma se preocupava em pensar o direito por um plano meramente axiológico, a outra cuidava de compreendê-lo por uma perspectiva puramente formal, como bem destacou Bobbio:

O jusnaturalismo e o juspositivismo extremista (isto é, o positivismo ético) identificam ambas as noções de validade e de justiça da lei; mas, enquanto o primeiro deduz a validade de uma lei da sua justiça, o segundo deduz a justiça de uma lei da sua validade (BOBBIO, 2006, p. 227).

Enquanto que o pós-positivismo cuidou de aproveitar traços dos dois sistemas objetivando o bem-estar social, de forma que as leis continuassem a produzir efeitos apenas pela sua presença no sistema jurídico, mas que se tornassem inválidas se seu conteúdo refletisse em injustiças no campo prático.

Coincidentemente, ou não, o direito processual também passou por três grandes fases históricas: sincrética, autônoma e instrumental. No próximo tópico, serão analisadas as origens e as características marcantes de cada uma.

3.1 A FASE SINCRÉTICA DO PROCESSO

Nesta fase inicial, nem havia do que se falar em direito processual propriamente dito, o que se faz apenas para fins de facilitação de cognição na área acadêmica, visto que à época não se fazia distinção entre direito material e processual, já que este acabava por se confundir com aquele (CÂMARA, 2009, p. 8). Por conseguinte, não se pensava em um direito processual subjetivo de ação, na verdade o conceito de ação estava intimamente ligado ao direito material e surgia a partir do momento em que o bem jurídico por este tutelado era lesado.

Mas, não é como se com o dano ao bem jurídico surgisse um direito processual potestativo, mas sim o próprio direito material lesado passava a ganhar uma espécie de

natureza de ação que permitia o acesso ao judiciário, como eximamente abordou Dinamarco:

Tinha-se até então a remansosa tranquilidade de uma *visão plana do ordenamento jurídico*, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento) (DINAMARCO, 1998, p. 17).

Bem como Cintra, Grinover e Dinamarco enfatizaram em sua obra denominada Teoria Geral do Processo: “A ação era entendida como o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 61).

Por isso, nessa fase da ciência processual, o processo era considerado uma espécie de direito adjetivo, um mero apêndice do direito material, já que possuía mero caráter acessório em relação ao direito principal (CÂMARA, 2009, p. 8).

Então, com o passar do tempo, a doutrina questionou-se quanto ao significado que deveria ser atribuído ao direito de ação e passaram a comparar a concepção vigente ao conceito de *actio* romana, como bem pontuou Dinamarco:

Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objetivo o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional (DINAMARCO, 1998, p. 18).

No século XIX a doutrina sincrética foi perdendo prestígio, e, por conseguinte, o processo começou a ser visto por uma nova perspectiva, denominada autonomista.

3.2 A FASE AUTÔNOMA DO PROCESSO

Assim como o positivismo jurídico kelseniano, a fase autônoma da ciência processual começou a florescer durante o século XIX e chegou a sua maturidade na primeira metade do século XX.

E, da mesma forma que o juspositivismo se preocupou exclusivamente em atribuir uma carga formal à ciência jurídica, o movimento autonomista apresentou a preocupação única de dar maior cientificidade e formalidade ao estudo do processo, que se quer existia outrora como instituto autônomo.

Na visão de Câmara, o marco que indica a transição da fase sincrética para sua sucessora é o seguinte:

Em 1868, ano da publicação da obra do jurista alemão *Oskar von Bülow*, denominada *Die Lehre von den Prozesseireden und die Processvoraussetzungen* (*A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*), com a qual se inicia o desenvolvimento da teoria do processo como relação jurídica, o Direito Processual passa a ser considerado ramo autônomo do Direito, passando a integrar, como já afirmado, o direito público (CÂMARA, 2009, p. 8).

Como já colocado, a grande preocupação dos autonomistas era a de cientificação do processo, ou seja, de definição do objetivo de estudo da ciência processual, bem como de estabelecimento de seu método científico (DINAMARCO, 1998, p. 19), e, neste diapasão:

A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação do período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 61 e 62).

Surgem então vários conceitos clássicos da ciência processual, como os de ação (suas condições e seus pressupostos), processo e coisa julgada, bem como passou-se a compreender a natureza autônoma da ação e do processo (CÂMARA, 2009, p. 8; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 61 e 62; DINAMARCO, 1998, p. 19).

Entretanto, apesar da imensa contribuição científica ao direito processual civil, a doutrina autonomista em nada acrescentou axiologicamente aos estudos do processo, assim como o positivismo jurídico nada somou na perspectiva valorativa à ciência do direito, nesta senda:

Faltou na segunda fase uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise de seus resultados na vida das pessoas ou uma suficiente preocupação pela justiça que ele foi capaz de fazer (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 62).

E, em um contexto pós-segunda guerra mundial, junto com o juspositivismo, cai também a autonomia processual, que, por mais que tenha contribuído de forma bastante significativa ao desenvolvimento dos estudos da ciência processual, não mais atendia as

demandas da metade do século XX, que clamavam por um processo justo e efetivo (CÂMARA, 2009, p. 9).

3.3 A FASE INSTRUMENTAL DO PROCESSO

Juntamente com a ascendência da doutrina jusfilosófica da jurisprudência de valores, a forma de se perceber a ciência do processo também mudou, e o direito processual chegara em sua fase atual, a de instrumentalidade das formas. Assim como o juspositivismo kelseniano em relação à ciência jurídica, a fase autonomista contribuiu com diversos avanços científicos na forma de se pensar o processo.

A autonomia dada ao direito processual em relação ao material, bem como a fixação de diversos conceitos processuais deram a independência e a cientificidade que o processo precisava para ser visto como ramo autônomo, dotado de regras e métodos próprios, como bem colocou Câmara:

A partir do momento em que não se pôde mais pôr em dúvida a autonomia científica do Direito Processual, e estando assentados os mais importantes conceitos da matéria (apesar de se manter imenso o número de polêmicas doutrinárias – todas extremamente saudáveis para o desenvolvimento científico), passou-se à fase que vive hoje o Direito Processual: a fase instrumentalista (CÂMARA, 2009, p.9).

Então, com toda contribuição da doutrina autonomista, o objetivo central dos processualistas deixou de estar relacionado a maneiras de se pensar a melhoria científica do direito processual e passou a ser de:

Descobrir meios de melhorar o exercício da prestação da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais possível, do que se possa ser chamado de justiça (CÂMARA, 2009, p.9).

Assim sendo, o direito processual, agora independente, não poderia chegar ao ponto de ser totalmente desvinculado do direito material, já que assim perderia o seu principal objetivo, que era de estabelecer meios de obtenção da reparação à direitos feridos ou em iminência de ferimento; nesta senda:

À aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão no juízo cível quando a razão estiver com o demandado (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 61).

Os processualistas denominaram esta fase da história processual de instrumentalidade das formas, visto que o processo não deveria ser um fim em si mesmo, mas apenas um meio para a reparação de direitos materiais feridos.

Não mais se tratando de um caminho para a aplicação do direito material de maneira literal, e sim de uma forma de trazer justiça aos casos concretos por meio da prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, neste diapasão:

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas ligações deste com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos, devolver à sociedade a paz desejada (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 60).

E, é em um contexto pós-positivista e instrumentalista que começa a se pensar um direito processual à luz de um ângulo constitucional, pois, diferentemente da fase autônoma, o processo deixa de ser um meio de mera resolução de conflitos de particulares e passa a ser uma forma de concretização de justiça por parte do Estado.

E é tão verdade que os Estados modernos - fortemente influenciados pelos movimentos da jurisprudência de valores e da instrumentalidade das formas - passaram a se preocupar com a efetivação da justiça perante a sociedade que começaram a pensar o processo também por uma perspectiva transindividual.

Representam reflexos disso no Estado brasileiro: Lei da Ação Civil Pública, Lei dos Juizados Especiais, Garantias Constitucionais do Mandado de Segurança Coletivo, Código de Defesa do Consumidor, entre outros (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 63; DINAMARCO, 1998, p. 23 e 24).

O que tudo citado acima possui em comum é a concretização da instrumentalidade do processo, objetivando a facilitação do acesso à justiça em um âmbito coletivo, possibilitando aos jurisdicionados que hipossuficientes nas perspectivas técnica, financeira ou em qualquer outra, possam ter seus bens jurídicos devidamente tutelados pelo Estado.

No tópico seguinte será analisada de maneira mais detalhada aos reflexos dos movimentos aqui abordados no âmbito do direito processual civil brasileiro.

4 INFLUÊNCIAS DA CIÊNCIA PROCESSUAL E DA FILOSOFIA DO DIREITO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Vista a progressão do pensamento jusfilosófico e da ciência processual nos últimos três séculos, resta saber de que forma estes movimentos influenciaram ao direito processual civil pátrio, em específico, em como afetaram a elaboração das duas codificações mais recentes. Pois bem, assim como o movimento nazista se fez presente na Alemanha durante parte significativa da primeira metade do século XX, o Brasil passou por um período ditatorial durante a segunda metade deste mesmo século, mais especificamente entre 1964 e 1985.

E, para a legitimação de uma ordem jurídica injusta, nada melhor que o positivismo kelseniano, já que para essa forma de pensamento a axiologia não é critério de validade das normas jurídicas. Então, como decorrência lógica, o Brasil tardou a incorporar o ideal pós-positivista, já que a adoção desse pensamento era incompatível à legitimação de um governo antidemocrático.

Nesta toada, por estar a instrumentalidade processual diretamente vinculada a um ideal de justiça, o qual é lembrado apenas na jurisprudência de valores, o acompanhamento da evolução da ciência do processo também foi tardio em nossa pátria.

Sendo assim, é notória a diferença entre as últimas duas codificações processuais nacionais, já que a primeira foi escrita em um momento onde o Processo Civil brasileiro se encontrava em sua fase autônoma, e a outra quando o país já havia passado a adotar a ideia de instrumentalidade das formas.

A mudança de mentalidade do ordenamento jurídico nacional foi marcada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, que fortemente influenciada pelo neoconstitucionalismo – reflexo do pós-positivismo no âmbito do direito constitucional – rompeu com a tradição positivista até então fortemente presente no ordenamento jurídico nacional, conforme corrobora Marmelstein:

No caso específico do Brasil, o grande prestígio alcançado pela teoria dos direitos fundamentais, nos últimos anos, deve-se, sem dúvida, à Constituição de 88 (CF/88), que inaugurou um novo ciclo no cenário jurídico nacional (MARMELSTEIN, 2013, p. 61).

Portanto, visto que o marco de transição do pensamento formalista para o axiológico se deu apenas em 1988, resta claro que a codificação de 1973 refletia o pensamento processual autonomista, enquanto que o novo Código fora totalmente influenciado pela fase contemporânea da instrumentalidade.

Apesar disso, não se pode esquecer que a antiga codificação processual sofrera diversas alterações após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que fez com que tal codificação passasse a possuir aspectos instrumentais, como bem observou Câmara:

O Código de Processo Civil vigente (o de 1973) foi, todavia, reformado por uma série de leis que alteraram diversos preceitos e princípios ali contidos e que geraram uma verdadeira revolução em nosso sistema processual, tendo sido tal reforma realizada já sob a influência dos princípios norteadores da fase instrumentalista do processo (CÂMARA, 2009, p. 9).

Dentre as emendas sofridas pelo antigo Código, podemos destacar a realizada por meio da lei de nº 11.232/2005, a qual fora responsável pela extinção do processo de cumprimento de sentença e a conseqüente unificação dos procedimentos cognitivo e executório, que, por conseguinte, deixaram de ser autônomos e passaram a representar meras etapas de um mesmo processo (RIBEIRO, 2006).

Por isso, apesar de originalmente produzidos em fases distintas da ciência processual, antigo e novo Código partilham algumas redações semelhantes, visto que o poder legislativo tratou de, na medida do possível, adaptar o Código de 1973 a nova realidade jurídica instituída pela Constituição Federal.

Passemos então a distinguir as codificações em questão, primeiramente, por meio de seus respectivos artigos 1º.

Ao comparar as redações podemos perceber a preocupação da nova codificação em concretizar um processo constitucional, o qual atenciosamente observa a todos os direitos e garantias fundamentais – conseqüência nítida da influência da jurisprudência de valores e da instrumentalidade no ordenamento jurídico pátrio.

Enquanto que o antigo códex não teve o mesmo cuidado em observar aos princípios supralegais, até porque, à época de sua elaboração a lei maior não era vista como parâmetro material para as leis inferiores, mas sim como mero fundamento formal de validade.

Pois bem, apenas à luz do artigo inicial das duas codificações já ficou evidente que os pensamentos jurídicos que influenciaram suas elaborações foram distintos.

Então, passemos agora a observar as duas codificações processuais pátrias mais recentes na perspectiva de um dos maiores princípios constitucionais existentes, o da inafastabilidade jurisdicional.

4.1 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal introduziu ao sistema jurídico nacional o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Se interpretado de maneira literal o inciso garante que o cidadão brasileiro não seja, em hipótese alguma, impedido de acessar ao judiciário em caso de necessidade de preservação de um determinado bem jurídico. Mas, se resumiria este princípio apenas ao direito de ação?

Se resumido a mero direito de ação, isto implicaria na não obrigatoriedade do poder judiciário em julgar de maneira zelosa aos pleitos dos cidadãos, já que o acesso à justiça se resumiria ao direito de demandar e não incluiria ao de obter uma tutela jurisdicional satisfativa, o que, dado ao modelo atual pós-positivista de estado de direito, não parece nada razoável.

Em um contexto de instrumentalidade do processo, o qual passou a ser lido em respeito as garantias constitucionais, a restrição da inafastabilidade jurisdicional a mero direito de demandar é inconcebível, pois, de que adiantaria o direito de ação sem o compromisso estatal pela busca excessiva da justa resolução dos conflitos?

O direito de acesso à justiça de nada serviria se não possuísse uma dimensão qualitativa, o que leva a maioria da doutrina a convergir no sentido de que a inafastabilidade da jurisdição reflexivamente garante ao cidadão o direito de ter a sua demanda devidamente resolvida (CÂMARA, 2015).

Visto que, se não fosse imperativa a necessidade da prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, o Estado-juiz não possuiria o compromisso com a concretização de um serviço jurisdicional satisfativo e, sempre que possível, encerraria aos processos apenas objetivando diminuir ao inchaço do poder judiciário, como bem aduziu Koplin:

De fato, de nada adiantaria a promessa constitucional de acesso à justiça se não fosse assegurada às pessoas a possibilidade de obterem da justiça exatamente aquilo que vieram buscar (RUBIN, REICHEL, 2015, p. 24).

E, nessa questão reside mais uma diferença fundamental entre antigo e novo Código de Processo Civil, a preocupação com a resolução satisfativa do mérito da demanda, a qual será tema do subtópico a seguir.

4.1.1 Princípio da Primazia da Decisão de Mérito

A nova codificação processual pátria se preocupou em introduzir ao sistema jurídico o princípio da primazia da resolução de mérito – claro reflexo do primado constitucional da inafastabilidade da jurisdição – objetivando a efetivação do direito fundamental do qual é derivado (CÂMARA, 2015).

Tal princípio encontra-se previsto no art. 4º do novo Código de Processo Civil, o qual também é conhecido por incorporar o princípio da duração razoável do processo – tema do próximo subtópico – à nova codificação, restando evidente o zelo deste artigo pela dimensão qualitativa da inafastabilidade jurisdicional.

E, apesar desta dimensão do referido princípio se fazer presente no ordenamento desde 1988, como bem reconhece a doutrina, a positivação de uma de suas principais ramificações foi fundamental para a consolidação do primado de um processo justo.

Sobre a égide do antigo Código, dada a alta demanda processual e o descompromisso com a prestação de uma tutela jurisdicional satisfativa, a qual é indispensável na concretização de um processo constitucional, a jurisprudência pátria optava por, sempre que possível, restringir a inafastabilidade jurisdicional a mero direito de ação.

A consolidação de tal prática levou o nome de jurisprudência defensiva, e, por mais que os tribunais soubessem da existência de uma garantia constitucional a um processo justo e efetivo, na maioria das vezes, se valendo da codificação que inobservava a preceitos fundamentais, optavam por realizar decisões que obstassem ao exame do mérito apenas por praticidade ou conveniência (CÂMARA, 2015).

Nesse ritmo, qualquer erro formal era capaz de obstar ao exame do mérito, e mais, a busca pelas irregularidades passaram a ser o grande alvo de apreço por parte do judiciário, principalmente em sede dos tribunais, assim, passando a ser relativizada a importância que deveria ser dada ao exame do mérito.

E é aí que reside uma das grandes inovações do novo Código, pois, além de introduzir expressamente o princípio da primazia da resolução de mérito, trouxe em diversos artigos práticas que devem ser adotadas por juízes, desembargadores e ministros com o intuito de se evitar o encerramento de demandas sem resolução de mérito.

Para a aplicação em sede de primeira instância, o novo Código nos trouxe por meio de seu art. 317 que anteriormente a extinção não resolutive de mérito, o juiz é obrigado a chamar as partes para que sanem eventuais erros que obstem ao julgamento, o que é mais do que esperado no contexto de um processo constitucional, como bem enfatizou Câmara:

É, pois, absolutamente incompatível com as normas fundamentais do Processo Civil brasileiro extinguir-se o processo sem resolução do mérito sem que antes se dê ao demandante oportunidade para sanar eventual vício processual (CÂMARA, 2015).

Enquanto que o antigo Código se quer possuía norma jurídica equivalente.

A imposição do compromisso da resolução satisfativa da demanda é tão massiva na nova codificação que acaba por vezes se tornando pleonástica. Um exemplo é o art. 321, que possui conteúdo já contemplado de maneira geral pelo acima citado art. 317.

Outro exemplo de redundância ocorre nos artigos 282, §2º e 488 que igualmente trazem a ideia de que, em havendo irregularidade processual que apenas prejudique a parte que se beneficiaria com o proferimento da sentença de mérito, tal vício deve ser completamente ignorado pelo Estado-juiz.

O novo códex também introduziu ramificações do princípio em questão para o âmbito recursal, local onde a reiteração da prática de jurisprudência defensiva mais ocorria (CÂMARA, 2015). Abaixo analisaremos alguns desses desdobramentos.

O art. 932, § único, da codificação vigente, impede que o relator não conheça de recurso que não possua todos os documentos indispensáveis a sua propositura, bem como veda ao magistrado de inadmiti-lo em caso de vício, situações em que, deverá a parte ser chamada para emendar a sua peça recursal.

Na mesma toada, o art. 1.007, §4º, do novel Código de ritos, impede ao magistrado de não conhecer de recurso devida a não comprovação do recolhimento total do preparo, desde que respeitado o limite legal de adimplemento de 50%.

Por fim, o art. 1.029 do novo Código de Processo Civil tratou de destacar que nem mesmo as instâncias superiores estão imunes a primazia da resolução do mérito, já que, graças ao seu §3º, a primazia do mérito foi tão evidenciada que, a depender da gravidade do erro, as cortes superiores poderão até desconsiderar vícios, inclusive dispensando suas respectivas correções, em prol da busca da concretização de uma tutela jurisdicional justa, algo impensável em sede de um contexto autonomista.

4.1.2 Princípio da Duração Razoável do Processo

Também impreterível para a concretização de um serviço jurisdicional justo e efetivo, temos o princípio da duração razoável do processo, o qual corresponde a mais uma derivação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Isso porque a garantia do proferimento de uma decisão justa não necessariamente implicaria na efetividade da tutela jurisdicional prestada, e, sem este binômio – justiça e efetividade –, não restaria garantida a qualidade na prestação jurisdicional, e, como bem enfatizaram Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “A morosidade da justiça prejudica a efetividade dos direitos fundamentais” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 226).

Entretanto, apesar de poder ser visto como uma derivação lógica da inafastabilidade jurisdicional, o princípio em questão fora introduzido ao ordenamento jurídico de maneira autônoma.

Em 1992, quando o Decreto de nº 678 homologou o Pacto de San José da Costa Rica, este princípio passou a constar de maneira expressa no ordenamento, já que contido no artigo 8º, nº 1 do referido pacto (OYARZABAL, 2016).

Mas foi só em 2004, por intermédio da emenda constitucional de nº 45, que este princípio passou a estar literalmente contido na Constituição Federal, através do inciso LXXVIII do art. 5º.

Entretanto, como é de conhecimento popular, qualidade e celeridade são grandezas inversamente proporcionais, uma vez que uma solução de altíssimo padrão demandaria bastante tempo, e, por sua vez, é impossível que uma resolução célere passe por um árduo juízo cognitivo.

Por conseguinte, não pode o processo possuir rápida tramitação, mas sim deve perdurar por tempo razoável, suficiente para que o juízo possa realizar ao processo

cognitivo com sensatez, de forma que a efetividade da tutela jurisdicional não reste prejudicada; nesta senda segue Câmara:

O que se assegura com esse princípio constitucional é a construção de um sistema processual em que não haja dilações indevidas. Em outros termos, o processo não deve demorar mais do que o estritamente necessário para que se possa alcançar os resultados justos visados por força da garantia do devido processo. Deve, porém, o processo demorar todo o tempo necessário para que tal resultado possa ser alcançado (CÂMARA, 2009, p. 58).

Feitas as devidas considerações sobre este princípio, passemos a analisar suas repercussões em um campo infraconstitucional.

De início, cumpre destacar que o antigo Código já abordava a temática de duração processual por meio de seu artigo 125, II.

Entretanto, por mais que artigos como este estivessem presentes, a codificação em si não possuía o compromisso com a consagração do primado de um processo justo e efetivo, já que, por influência dos pensamentos da época, não se preocupou em traduzir ao primado de um processo constitucional.

Até porque, o antigo Código apenas tinha a intenção de indicar ao jurisdicionado de que forma poderia acessar ao judiciário e quais eram os deveres do juiz como representante estatal.

Eis que o novo Código, visando potencializar a tempestividade da prestação da tutela jurisdicional, transferiu parte desta responsabilidade aos jurisdicionados por meio de seu artigo 6º.

Já que por mais que a boa condução do processo seja dever principal do juiz, não pode o feito ser solucionado em bom tempo sem a cooperação das partes, tanto entre si, quanto para com o magistrado.

E, por mais que o antigo Código trouxesse a ideia de lealdade processual, esta não supria ao dever cooperacional introduzido pela nova codificação. Visto que a obrigatoriedade de um dever de comportamento ético é completamente transcendida pela imposição de uma forma de agir que, além de impor um comportamento correto, obriga aos sujeitos do processo a se ajudarem em prol do bom andamento da demanda.

E, se preocupando com a concretização da nova ideia, o novo Código introduziu uma série de sanções que visam coibir às práticas antiooperativas, como bem enfatizou Soares:

Claro que isso faz muita diferença, pois verificamos vários artigos do novo Código de Processo Civil com expressa condenação de práticas atentatórias à dignidade da justiça, litigância de má-fé, ausência de colaboração, entre outras situações, que levam o legislador a concluir que há uma conduta reprovável e que deve ser coibida (SOARES, 2017).

Por fim, também podemos destacar a obrigatoriedade do seguimento da ordem cronológica por juízes e tribunais, imposta pela nova codificação, como um marco pela busca da tempestividade jurisdicional.

Visto que, por muitas vezes, os magistrados livres do dever de seguimento de uma ordem cronológica acabavam por deixar alguns processos de lado, seja pelos seus respectivos graus de complexidade, ou até mesmo por outras razões que não nos convém aqui destacar (OYARZABAL, 2016).

Enfatize-se que a ordem cronológica foi levada tão a sério na nova codificação, que além de vincular magistrados, também vinculou aos chefes de secretaria que devem, obrigatoriamente, publicar as decisões judiciais de acordo com seus respectivos proferimentos.

5 CONCLUSÃO

Observados os pensamentos positivista kelseniano e pós-positivista, bem como as fases sincrética, autônoma e instrumental da ciência processual, pode-se concluir a respeito das influências que embasaram as codificações processuais pátrias de 1973 e 2015.

Tendo em vista que o pensamento juspositivista dos séculos XIX e XX dotava a ciência jurídica de um caráter meramente formal, enquanto que o pós-positivismo, mesmo reconhecendo a importância da existência de formalidades, trouxe ao direito o caráter axiológico que lhe faltava.

Bem como que a corrente autonomista se preocupou em separar o direito material do processual, e buscou torná-lo científico, ao passo que a corrente instrumentalista, mesmo tendo ciência das contribuições dadas pela sua antecessora, se ocupou em buscar meios de garantir que o processo alcançasse sua função fundamental, qual seja de servir de meio de obtenção da tutela dos direitos materiais.

Pode-se concluir que, enquanto que o Código de Processo Civil de 1973, elaborado em um período ditatorial, fora influenciado pelos movimentos autônomo e

positivista, o novo Código foi inspirado pela instrumentalidade das formas e pelo pós-positivismo.

A consequência prática disso foi que, ao passo que o antigo Código apenas traduzia um meio do jurisdicionado de acessar ao poder judiciário, a nova codificação se preocupou em transparecer a um processo constitucional, o qual tem como primazia a satisfação das tutelas pleiteadas pelos jurisdicionados e, para isso, sempre que possível superando a formalidades irrelevantes que obstem ao exame do mérito.

Por fim, foi possível constatar que o marco para a nova ordem jurídica nacional se deu com a promulgação da Constituição de 1988, que totalmente influenciada pelo movimento neoconstitucionalista – repercussão da jurisprudência de valores no plano do direito constitucional – rompeu com a tradição positivista até então fortemente presente no sistema jurídico pátrio.

Assim sendo, o ordenamento jurídico brasileiro passou a possuir cargas valorativas, deixando de ser a representação de um mero conjunto de regramentos e passando a constituir um meio de obtenção de justiça e paz social.

E, além da nova codificação, foram reflexos do neoconstitucionalismo no Processo Civil nacional as diversas alterações legislativas ocorridas na antiga codificação no intervalo de 1988 a 2015, dentre as quais podemos citar a unificação dos processos de conhecimento e de execução, a qual visou tornar o processo menos burocrático.

Portanto, é inegável o reconhecimento das influências dos movimentos acima citados nas codificações processuais pátrias, sendo a principal diferença entre os dois últimos Códigos nacionais a grande preocupação com a concretização do princípio da inafastabilidade jurisdicional dada pelo novo Código, o qual prezou por demais pelo primado de um processo justo e efetivo.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Hallison Rêgo. **A pré-compreensão do juiz e sua influência no julgamento: estudo sob o enfoque da hermenêutica filosófica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

_____. Código de Processo Civil (2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: comparado – Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil: teoria geral do Processo Civil**. Volume 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OYARZABAL, João Cassiano Pinheiro. **A duração razoável do processo e as normas fundamentais do novo CPC**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/e-dipucrs/anais/simposio-de-processo/assets/2016/07.pdf>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

RIBEIRO, Flavio Marques. **A Lei 11.232/05 e o novo regime de cumprimento de sentenças**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2764/A-Lei-11232-05-e-o-novo-regime-de-cumprimento-de-sentencas>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

RUBIN, Fernando; REICHEL, Luiz Alberto (Org.) et al. **Grandes temas do novo Código de processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOARES, Carlos Henrique. **Duração razoável do processo e sua aplicação no novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/duracao-razoavel-do-processo-e-sua-aplicacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

II-MEMÓRIA JURÍDICA



A FAMÍLIA NO BRASIL

Otto de Brito Guerra

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem falado e escrito sobre a família, de um modo geral e quanto à família no Brasil existem valiosos estudos, desde os tempos da Colônia, até nossos dias.

Se procurarmos analisar com atenção o instituto da família, divisaremos situações variadas, sendo algo simplista ou esquemático reduzir tudo a um tipo único, seja nas áreas urbanas ou rurais, seja nos diferentes estratos ou camadas sociais.

Na multiplicidade de tantos organismos, podemos fixar alguns traços típicos e universais do singular grupo social primário que é a família, comunidade ao mesmo tempo biológica e sócio-cultural. Ela é constituída, quando completa, pelo homem, pela mulher, pelos filhos, em convivência estreita, abrangendo, por vezes, número mais extenso de pessoas, geralmente ligadas a uma raiz ou tronco comum.

Os especialistas nos diversos ramos das ciências sociais reconhecem na família o caráter de **universalidade**, constituindo, embora suas diversidades, as “instituição mais semelhante, por todo o mundo”, no dizer de COOLEY. Tais especialistas consideram pouco provável uma pretendida promiscuidade primitiva no gênero humano. Com efeito, mesmo nos irracionais superiores e em certas aves eles apontam o fenômeno do acasalamento, seja aos pares, propriamente, seja um macho com reduzido grupo de fêmeas.

Um grande pensador que viveu nos recuados anos de 1225 a 1274, São TOMÁS DE AQUINO, já observara que o cuidado da prole exige apoio recíproco do casal, naqueles animais em que os filhotes não têm condições para subsistir sozinhos. Com maior razão isto ocorre na espécie humana, cuja descendência não reclama unicamente a nutrição corporal, exigindo tarefa muito mais demoradas, que é a educação, a processar-se no matrimônio, “conatural ao homem”, no expressar do santo teólogo (“Suma contra os Gentios, Livro 3, capítulo 122).

De fato, embora a família também exista fora do casamento – e hoje em dia abundam o concubinato, as uniões de fato, delas tomando conhecimento o Estado, por sua legislação, entretanto os Códigos e os próprios costumes dominantes estimulam a constituição da família pelo casamento, levando em conta seus efeitos de ordem jurídica, social e espiritual. Somente assim ela é considerada “legítima”, conforme a lei brasileira. E se um jurista do porte de DERBURG não hesita em considerar o casamento o mais importante instituto do direito privado, os teólogos vêem nele o símbolo da aliança entre Jesus Cristo e a Igreja, uma realidade terrestre que entra no mistério da Salvação.

2 IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA

Já se fizeram muitas tentativas buscando sucedâneos para a família. Aqui e ali surgem também formas esdrúxulas de sua constituição ou vivência, tais como o **casamento de experiência**, o **casamento aberto**, com o preliminar acordo de reexame permanente da convivência, ou não, de prosseguir na união conjugal por ambas as partes, posta assim em constante estado de prova, o **matrimônio em grupo** ou **multilateral**, verdadeira aberração, as **comunas**, que extrapolam a própria vida familiar.

Mas a família tem demonstrado evidente superioridade e uma extraordinária capacidade de persistência, mesmo sob as mais desfavoráveis condições (FRAZIER). Nenhuma sociedade, até hoje, “conseguir encontrar um substituto adequado”, capaz de assumir as suas diversas e importantes funções (MURDOCK).

Daí porque o artigo 16 n. 3 da Declaração dos Direitos Humanos, votada pela ONU, em 1948, estabelece, enfaticamente: **“A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”**.

É que ela desempenha papéis múltiplos e insubstituíveis, nas áreas biológica, psicológica, sócio-cultural e também, para os que têm fé, na área religiosa. Os chamados “padres antigos” da Igreja Católica dos primeiros séculos diziam constituir a família uma “pequena Igreja” ou “Igreja doméstica”. Pensamento ainda hoje válido e que vem repetido em recente Documento de Puebla, México, fruto da III Conferência Geral do Episcopado Latino-Americano, em 1979. Conhecido documento anterior, elaborado

pelos Bispos da América Latina, em Medellín, Colômbia (1968), proclamava ser a família, simultaneamente, formadora de pessoas, educadora na fé e promotora do desenvolvimento.

3 A FAMÍLIA NO BRASIL

Existe muita controvérsia quanto ao papel exato da família na vida social brasileira. Não faltam os que lhe assinalam papel marcante no passado e no presente. Como também os que acham sua influência algo reduzido e cada vez menor, em nossos dias. Parece que a verdade está no justo meio.

Sua influência, em certas épocas, foi marcante, até mesmo em virtude do maior número de funções então desempenhadas, algumas delas absorvidas por outras entidades.

De qualquer forma a família continua a ser um importante corpo intermediário entre as pessoas e os demais organismos sociais, inclusive o Estado. Capaz de assegurar, quando bem constituída, uma “segurança básica” às pessoas, principalmente aos menores, mas igualmente aos cônjuges, proporcionando, no parecer do sociólogo WILLIAM GOODE, “um tipo de ajuda que as relações de trabalho ou de amizade não dão”.

Os analistas do nosso período colonial encontram a influência marcante da família, sobretudo nas elites de poder, ou camadas dominantes. LYNN SMITH, um dos “brasilianistas” mais seguros, afirmou, com razão: “No Brasil, a mais importante das instituições sociais foi sempre a grande família, aristocrática e patriarcal. Raramente este grupo social foi suplantado pela Igreja, como nos países hispano-americanos, ou pela escola, como foi o caso da comunidade norte-americana. (...) Durante séculos, a América Portuguesa permaneceu dominada por milhares de casas-grandes – constituindo cada uma delas verdadeira fortaleza, nas quais se entrincheirava numeroso clã” (Brasil, Povo e Instituições. p. 505/506).

Recebemos a influência imediata do direito português, que foi transplantado para o Brasil como um galho, na pitoresca expressão de PONTES DE MIRANDA, inclusive quanto à organização da vida familiar.

Da Metrópole, foi-nos trazido um modelo de família, um complexo de valores culturais, em que o chamado **poder marital**, para exemplificar, era bastante forte. Uma herança do direito romano e resquícios das Ordenações Afonsinas (1446 ou 1447), já revogadas em Portugal, quando do nosso descobrimento. Mas até certo ponto repetidas nas Ordenações Manuelinas (1521) e nas Ordenações Filipinas (1603). Estas últimas, embora atenuadas por leis e costumes do novo ambiente tropical, continuaram a ser aplicadas no Brasil até o ano de 1917, quando foram revogadas. Começou então a reger-nos o nosso Código Civil, no qual PONTES DE MIRANDA viu “a preponderância do círculo de família, ainda despoticamente patriarcal” e ORLANDO GOMES a influência do privatismo doméstico.

Pelas organizações Afonsinas, concedia-se ao marido o direito de castigar a mulher, de mantê-la em cárcere privado, até emendar-se, o direito de mata-la, em caso de adultério, salvo se o responsável pelo deslize fosse um fidalgo.

As Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil por séculos, como se viu, declaravam estar a mulher casada sob o poder do marido (Livro 4, título 66), o qual tinha o direito de exigir dela respeito e obediência, em tudo o que fosse lícito e honesto. Expressões bastante vagas, permitindo fáceis abusos, pois era evidente a discriminação contra a mulher, mais ou menos segregada na sua própria casa.

Segundo os princípios reinantes, não apenas durante a vida colonial, mas ainda em pena república, mesmo depois de promulgado o nosso Código Civil, o marido somente cometia adultério se tivesse uma concubina “teuda e manteuda”, não se considerando tal uma aventura ocasional. Mas com relação à mulher, bastava que tivesse relações consideradas ilícitas com outro homem, ainda que passageiras ou acidentais, para incidir em adultério. É o que se lê nos comentários do jurista CÂNDIDO DE OLIVEIRA, ao estudar o Direito de Família, na obra “Manual do Código Civil Brasileiro”, dirigida por Paulo de Lacerda e escrita por eminentes juristas, segundo sua respectiva especialidade.

Muito embora, acrescente-se o artigo 231 inciso I no mesmo Código Civil, ainda hoje com a mesma redação, determine o dever de fidelidade recíproca, portanto igual para ambos os côjuges.

Outro notável jurista, LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, declarava no seu livro clássico, “Direitos da Família”, que “a fidelidade deve ser guardada com perfeita igualdade por um outro cônjuge; e tal é a disposição do Direito Canônico”. Mas logo a seguir acrescentava: “É inegável, contudo, que a infração de um tal dever por parte da mulher reveste um caráter mais greve: 1º porque ela, em razão do seu sexo, e das idéias recebidas, é obrigada a maior recato e pois a sua falta fere mais pronunciadamente a moral e os costumes públicos; 2º, porque a sua infidelidade pode dar lugar ao nascimento de filhos adúlteros e destarte introduzir no seio da família elementos de perpétua luta e desordem”.

Como se o filho do marido com outra mulher não ocasionasse também suas implicações.

Mas a verdade é que inda hoje, em matéria de fidelidade conjugal, muita infração se admite se admite no homem casado e somente a ele. Um civilista nosso, COELHO RODRIGUES, autor de um dos projetos do Código Civil, não adotados, pensou em introduzir o direito de divórcio, por adultério. Recuou, entretanto, declarando que se toda senhora requeresse divórcio com fundamento no adultério do seu marido, aqui no Brasil, chegar-se-ia ao índice de noventa por cento, desorganizado a própria sociedade.

Normas discriminatórias entre homem e mulher eram, aliás, típicas da época e não específicas da legislação portuguesa ou brasileira. Recorde-se, como exemplo curioso, que a rainha ISABEL I, da Inglaterra (ela reinou de 1558 a 1603), estabeleceu proibição severa aos maridos, no sentido de não espancarem as respectivas mulheres depois das dez horas da noite, para não perturbarem o sossego dos vizinhos...

Na França, o artigo 213 do Código Civil, mais conhecido por Código de Napoleão (1804), estatuiu: “O marido deve proteção a sua mulher, a mulher obediência ao marido”. Só muito mais tarde, leis de 1928, 1942 e 1970 suprimiram esse dever de obediência, estabelecendo a atual redação do mesmo artigo 213 que os esposos asseguram, conjuntamente, a direção material e moral da família.

Mas, voltando ao Brasil colonial, GILBERTO FREYRE, no livro “Sobrados e Mocambos”, transcreve depoimentos de viajantes estrangeiros idôneos, relatando haver maridos que internavam as esposas legítimas em conventos, até durante anos, sob pretextos “legais” diversos, mas na verdade para viverem um tempo com a sua amante.

O direito de vida e de morte do pai sobre os filhos, o de sua venda e de sua exposição (normas vigentes no direito romano) tinha sido revogados ainda em Portugal, não chegando assim ao Brasil. Mas era permitido ao pai manter o filho em cárcere privado. Segundo observação de CAPISTRANO DE ABREU, “o pai tinha o filho como um ente inferior; não conversava com ele; muitas vezes nem dignava-se dar-lhe uma ordem diretamente; não permitia-lhe que se sentasse à sua vista; não lhe deixava que fizesse a barba sem sua licença; conservava-o sempre de rédeas curas”. Mais tarde, “aquilo que o pai lhe fez, ele irá fazer ao filho (Ensaio e Estudos 4ª série, p.300).

O pátrio poder somente cessava, rigorosamente, com o casamento do filho, que ainda assim continuava sob uma certa dependência do patriarca, girando em seu derredor, como um satélite.

Quanto aos casamentos, eles decidiam-se entre as próprias famílias e não pelos noivos. Refere CAPISTRANO DE ABREU: “Eram os pais que tudo tramavam e tudo dispunham, sem indagar se os filhos tinham coração e se este coração já se dera a alguém” (Ensaio e Estudos. 4ª série, p. 399).

Nos sertões do Rio Grande do Norte a situação era idêntica. Um estudioso desses tempos, JUVENAL LAMARTINE, no livro “Velhos Costumes do meu Sertão”, recorda que “os casamentos entre os jovens das primeiras famílias sertanejas eram muitas vezes acertados entre os pais, não raramente ocorrendo os noivos se avistarem pela primeira vez no dia da cerimônia” (p. 59).

Procurando sintetizar, numa só frase, todo o sistema familiar daqueles tempos coloniais, talvez carregando um pouco as cores, assim o caracterizava o bem informado historiador CAPISTRANO DE ABREU: “Pai soturno, mulher submissa, filhos aterrados” (Ensaio e Estudos, 2ª. Série, p. 221).

Vivia-se, na verdade, num período que se convencionou chamar de **constituição despótica** da vida de família, em contraposição ao período subsequente, de **natureza contratual**, quando se caminhou para uma simetrização, democratização ou igualdade de direitos, no seio da família. Caminhada ainda não concluída, mesmo no Brasil, apesar do Estatuto da Mulher Casada, de 1962, do Código de Menores, de 1979 e de outras reformas e revisões. Uma evolução lenta, porém irreversível. E que decorre duma série

de fatores, entre os quais a crescente participação da mulher nas atividades econômicas, sociais e culturais, a partir da revolução industrial.

4 TIPOS DE FAMÍLIA E SEUS PROBLEMAS

Insistimos na tecla de que não existe uma “família padrão”, nem no Brasil, nem noutra parte qualquer. Os estudiosos do assunto reconhecem existir “ampla gama de particularidades, características de cada categoria sócio-econômica”, também variável segundo o meio, urbano ou rural.

ESTANISLAU FISCHLOWIZT, no livro “Proteção Social à Família”, distingue, no Brasil, a seguinte série de categorias: a) a família da classe superior rural; b) a família das camadas populares rurais; c) a família da alta burguesia urbana; d) a família da classe média urbana; e) a família da classe proletária das zonas urbanas e suburbanas.

Estas observações datam de 1963. Passados perto de 20 anos, a situação tornou-se ainda mais complexa, variando segundo o meio geográfico e social. Principalmente em virtude das profundas e aceleradas transformações decorrentes de múltiplos fatores sociais (urbanização aceleradas, mobilidade social), seja vertical, pela capilaridade e outros processos, seja horizontal, pelas migrações, influência crescente dos meios de comunicação social, conscientização maior da mulher, sobretudo por causa do trabalho e dos estudos, dessacralização, etc... Também ocorreram enormes progressos na tecnologia (influência do automóvel, multiplicação dos eletrodomésticos, suavizando o trabalho da dona de casa e notáveis foram os avanços das ciências biológicas, com reflexos na vida familiar, dando margem ao uso intensivo dos contraceptivos, ao planejamento familiar, à paternidade responsável, ao emprego da inseminação artificial, à disseminação do aborto voluntário e assim por diante.

Por outro lado, agravou-se a distância social entre pequenas minorias, cada vez mais poderosas, economicamente, influenciando nas decisões políticas, de um lado, e amplas maiorias despojadas do essencial, com níveis de participação social e econômica ínfimos ou até mesmo inexistentes. Famílias marginalizadas, portanto e que, na linguagem do sociólogo FERNANDO BASTOS d’Avila, estão impregnadas de alto índice de “viscosidade social, um processo social em que enormes contingentes humanos permanecem

“colados” ao seu próprio meio, impedidos de emergir para estratos superiores das camadas sociais, de participar.

Instala-se, como consequência, na observação sociológica, “uma mentalidade coletiva impregnada de fatalismo pela qual o homem se julga incapaz de se posicionar como sujeito de sua própria história e construtor do seu próprio futuro”. Enfim, uma situação de “depressão” e de “estagnação”, de aceitação resignada da própria condição. “Mobilidade Social no Brasil, in Carta Mensal. Órgão do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio, dezembro de 1979).

5 POLÍTICA SOCIAL FAMILIAR

É oportuno aduzir duas observações, ligadas a certas concessões, que se fazem, em muitos lugares, em nome do progresso ou da permissividade e que afetam a família brasileira.

A primeira delas prende-se à figura do concubinato. Não faltam juristas, sobretudo franceses, entre os quais SAVATIER, que preveem a evolução da chamada “união livre” num sentido inverso àquilo que está ocorrendo com o casamento, cujos laços vêm se relaxando.

Quanto mais for o casamento enfraquecido, quer na sua constituição, quer nas maiores facilidades para a sua dissolução, tanto mais, paradoxalmente, a união livre irá se assemelhando ao casamento, nas responsabilidades e compromissos assumidos, perdendo para muitos, por isso mesmo, as características próprias e o interesse. Desta maneira, impor sanções ao desfazimento da união livre, dar-lhe certas garantias, inclusive à filiação dela resultante, dizem esses juristas, é aproximá-la do casamento e do divórcio, é adelgaçar as diferenças entre casamento e concubinato, degradando o primeiro e promovendo o segundo.

Prende-se a segunda observação à intensa propaganda que vem sendo desenvolvida em prol da liberalização do aborto, curiosamente, num atempo em que tanto se fala em respeito aos direitos humanos e no combate à violência.

O pretexto alegado é o de se evitarem milhões de abortos clandestinos, primeiramente. De fato, ocorrem no mundo de 0 a 50 milhões de abortos anualmente, a

metade dos quais provocados. E no Brasil a BEMFAMM estima em dois por minuto, o jurista Heleno Claudio Fragoso em três por minuto. Globalmente, cerca de dois milhões. Depois, argumenta-se com respeito ao direito que deve ter a mulher ao seu próprio corpo.

A experiência dos fatos tem comprovado, estatisticamente, no países onde o aborto se legalizou que não diminuíram as práticas clandestinas, substancialmente. Por outro lado, a genética moderna demonstra que desde o primeiro instante da fecundação está fixado o programa daquilo que será o novo vivente: uma criatura individual, distinta, com todas as características próprias já definidas, única e irrepetível. Pai e mãe não devem decidir sobre o direito de uma terceira pessoa a viver, um direito fundamental, assim ameaçado em seu nascedouro.

Mas não basta o zelo em prol do nascituro, que o Código Civil Brasileiro considera como já tendo nascido, toda vez que se tratar do seu interesse (perspectiva de recebimento duma herança, por exemplo), quando se lhe dará um curador especial.

Paralelo deve ser o cuidado para com as pessoas já nascidas, crianças ou adultos. É dever da política social ser sensível aos reclamados e aos valores familiares, como disse o Papa JOÃO PAULO II, na homilia pronunciada no Rio de Janeiro, a 2 de julho corrente, evitando uma legislação nociva à estabilidade e ao equilíbrio da família.

De maneira especial deve esta política voltar-se para as famílias carentes, subalimentadas, com deficiências habitacionais, de educação, de ganhos, de saúde, carências que provocam elevadas taxas de mortalidade infantil, de analfabetismo, de menores em situação irregular.

Existem levantamentos que nos obrigam a meditar fundamente. Segundo o professor NELSON CHAVES, grande especialista em problemas de nutrição, calcula-se existirem no Brasil 28 milhões de menores carentes e abandonados, muitos deles retardados em sua vida mental, “mutilados cerebrais” por serem filhos imaturos de mães sub-alimentadas e eles próprios, nos seus primeiros anos de vida não terem podido alimentar-se na proporção indispensável.

O dr. MÁRIO MACHADO, ex-Ministro da Saúde, alarmou-se com o elevado índice de mortalidade infantil, declarando: “Se idêntica mortalidade ocorresse entre os

bezerros, a pecuária fatalmente seria conduzida à falência”. É que morrem a cada hora, no Brasil, 45 crianças com menos de 1 ano de idade.

Grande proporção de responsabilidade por estas coisas está sem dúvida na ignorância de normas sanitárias. Mas também a pobreza entra com seu tributo.

Ainda agora lê-se no “Jornal do Brasil”, de 28 de julho de 1980, a divulgação dos resultados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNDA), procedida pelo IBGE, cuja coleta se processou na semana de 22 a 28 de outubro de 1978. Ficou apurado que dos 12.200.000 trabalhadores do Nordeste, que tinha ocupação, naquele período, mais da metade precisamente 53,5% ganhavam, mensalmente, menos do que um salário mínimo e, destes, 16,9% não tinha rendimento algum. Apenas 8,9% das famílias nordestinas tinham renda mensal superior a 5 salários mínimos regionais e somente 1,1 % da população economicamente ativa percebiam mensalmente mais de 10 salários mínimos.

Quanto a Natal, segundo se vê do “Plano de Desenvolvimento”, elaborado para a Prefeitura Municipal e referente ao período 1979/1983, foi verificado que a renda média anual, por família, em 1977, foi estimada, para Natal, em Cr\$ 35.928,00 e a renda “per capita”, também anual, no mesmo ano, apenas de Cr\$ 6.564,00, portanto um dos índices mais baixos da nação. Da renda familiar auferida pelo natalense (é a confirmação da conhecida lei de Engel) 46% se destinam à alimentação, sem dúvida precária para grandes segmentos, e apenas 2,5% para educação e lazer.

Como então esperar estabilidade familiar, higidez, disposição para o trabalho, educação da família, capacidade de poupança, contribuição para o desenvolvimento, em situação como esta?

6 CONCLUSÃO

Se os recursos humanos constituem, como é sabido, fator básico para o desenvolvimento nacional, em que Governo e Povo devem estar empenhado e todos aspiramos, dentro da ordem e da legalidade, é imprescindível que se enverede, cada vez mais, por uma corajosa política familiar. Por sua vez, as forças religiosas devem buscar a elevação do nível moral das famílias, tão ameaçado pela onda de erotismo, fortemente

alimentada pelos meios de comunicação social, pela prostituição, que atinge menores, pelos tóxicos, buscando os viciados mais pobres até cheirar as latas de cola.

Há, portanto, muito o que fazer, da parte dos Governos, das Igrejas, dos particulares. Não se pode esperar que a família, por si só, possa realizar aquilo que fossem outras condições, poderíamos esperar.

Documento recente dos Bispos do Brasil acentua que a família, muitas vezes, é mais vítima do que agente de transformações da sociedade. Mas é preciso restaurar suas imensas possibilidades. A começar por uma cuidadosa preparação dos futuros casais para a vida de família (os cursos de noivos, por exemplo, são muito importantes) e o nosso Governo determinou, em 1979, que nas escolas do antigo nível secundário se ministrem tais ensinamentos.

É preciso prestar à família não apenas uma assistência múltipla, mas sobretudo estimular a participação de todos os seus membros na tarefa do desenvolvimento integral. A par de organismos de aconselhamento matrimonial, que venham assegurar estabilidade nas relações entre os cônjuges, evitando separações e divórcio, estimular a participação em movimentos familiares, em que os próprios casais debatam os problemas da família, clubes de mães, de jovens, etc.

Só desta maneira poderemos fazer com que a família venha a desempenhar suas funções insubstituíveis, participando ativamente nos diversos setores em que deve atuar, formando cada um dos seus membros para o proveitoso desempenho de suas tarefas.

Como disse muito bem o sociólogo BASTOS D'ÁVILA "só um povo que participa tem condições de assumir com dignidade os sacrifícios dele exigidos".