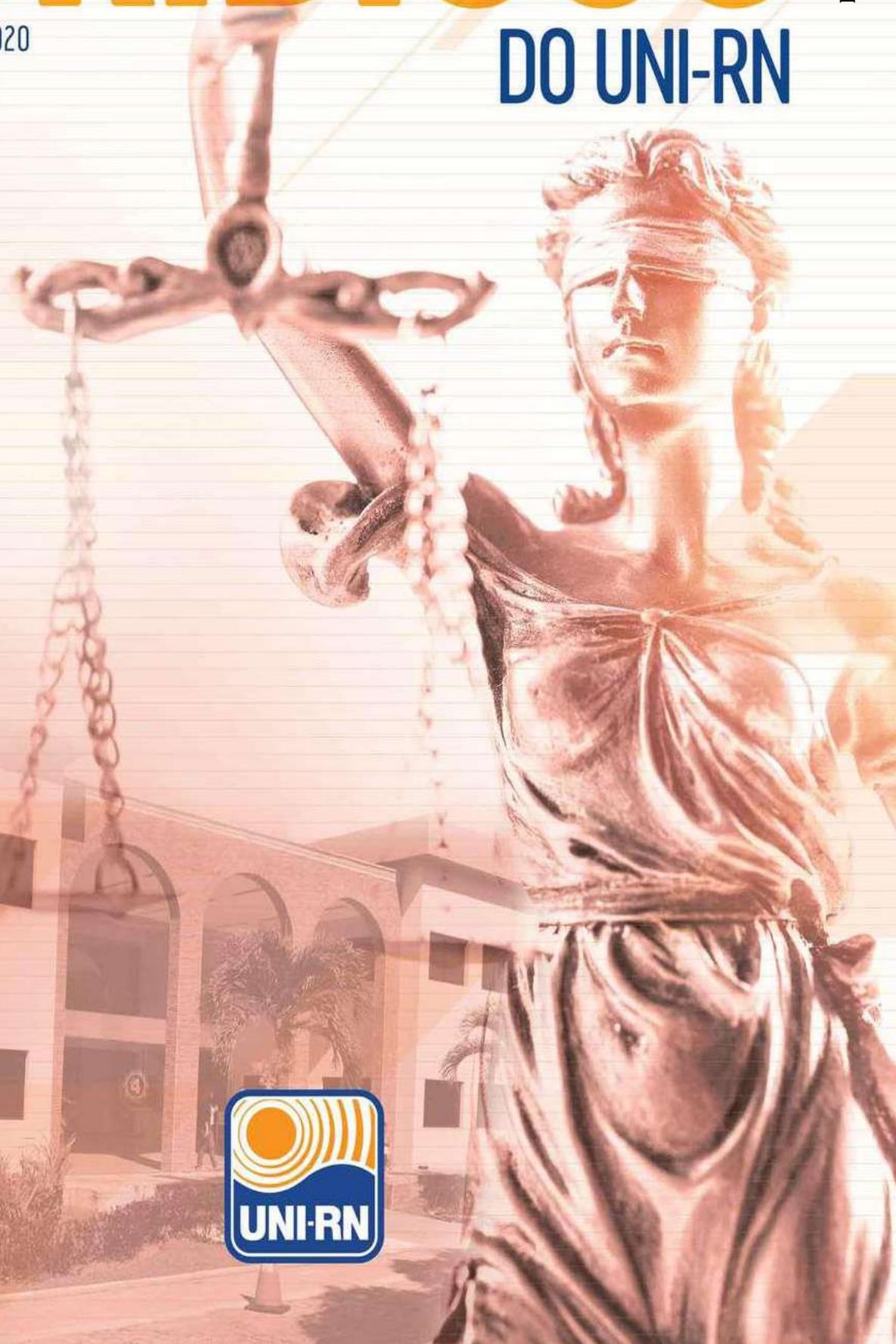


REVISTA DE ESTUDOS **JURÍDICOS** DO UNI-RN

Edição #04 • 2020

ISSN 2447-3871



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

Centro universitário do Rio Grande do Norte

N.4, Janeiro / Dezembro 2020

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.4 (jan./dez.2020)- . – Natal : UNI-RN,
2020-

Anual

Descrição baseada em n. 4 (jan. /dez. 2020).

e-ISSN: 2447-3871

1. Direito 2. Memória Jurídica. 3. Discurso – Paulo Lopo Saraiva.

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

Presidente

Prof. Fábio Fidelis de Oliveira

Ana Beatriz Presgrave Ferreira Rebello

Ednaldo Benício de Sá Júnior

Everton da Silva Rocha

José Eduardo de Almeida Moura

Walber Cunha Lima

Ilustração da Capa

Executiva propaganda

Padronização e normalização

Fernando Roberto Brandão da Silva

Administração Portal de Revistas

Fernando Roberto Brandão da Silva

Revisão

João Maria de Lima

Coordenação Editorial

Prof^o Fábio Fidelis de Oliveira

SUMÁRIO

EDITORIAL

Fábio Fidelis de Oliveira

7

ARTIGOS:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROCEDIMENTO MÉDICO ESTÉTICO

Marcus Augusto Freire Fernandes, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Morais

8-26

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DISCURSOS DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: A MATERIALIZAÇÃO DA BANALIDADE DO MAL?

Gennyelle Beatriz Pereira Silva, Marco Aurélio de Medeiros Jordão

27-60

A MULTIPARENTALIDADE SOB O ENFOQUE DAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS E O CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHOS

Ana Clarisse Fonsêca dos Santos, Rosângela M^a R. Medeiros Mitchell de Morais

61-88

AS VEIAS ABERTAS DA AMÉRICA LATINA:

COMENTÁRIOS E CONEXÕES COM O DIREITO INTERNACIONAL

Marcelo Mauricio da Silva

89-113

ADOÇÃO MULTIPARENTAL: A POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA ENTRE OS VÍNCULOS BIOLÓGICO E ADOTIVO À LUZ DO RE 898.060

Ana Beatriz de Queiroz Leite, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Morais

114-141

A VIABILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO DE IDOSOS

Beatriz Dantas Davim, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Morais

142-164

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA OMISSÃO DA PATERNIDADE

Tony Paiva Capistrano, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Morais

165-192

A DESJUDICIALIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Raquel Soraya Silvio Ferreira Torres, Rosângela M^a R. Medeiros Mitchell de Morais

193-221

APAC - ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AO CONDENADO DE JUSTIÇA:

UM ESTUDO SOBRE O MÉTODO COMO ALTERNATIVA AO CUMPRIMENTO DE PENA

Helena Christina Brandl, Maria Clara Cruz, Marianna Bila, Rasland Luna

222-240

A INFLUÊNCIA DA LEI 11.343/2006 NO ENCARCERAMENTO NEGRO:

UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA NECROPOLÍTICA

João Miguel de Carvalho Alves

241-266

TERCEIRO EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: REFLEXÕES ACERCA DA TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA OMISSIVA Fernanda Guareschi, Fernando Gaburri	267-286
AS CONDIÇÕES DAS MULHERES GRÁVIDAS E LACTANTES NAS PRISÕES NORTE- RIO-GRANDENSES Ana Luiza Neves Alves, Heloisa Targino Bezerra Alves, Lívia Lorena Silva Araújo, Ana Flávia Castro, Rasland Luna	287-315
AS RELAÇÕES ENTRE AS ESCOLAS PÚBLICAS E O ESTADO: UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE APLICADA À INSTITUIÇÃO ESCOLA ESTADUAL SANTOS DUMMONT, EM PARNAMIRIM NO RIO GRANDE DO NORTE Allana Laryssa Targino Gomes, Julianny Fabricia Ferreira de Souza, Rebecca Gomes Pelagio, Rasland Luna	316-335
MIGRAÇÕES E O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: REFLEXÕES ACERCA DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES Vanessa Cristina Diógenes Estevam, Marcelo Maurício da Silva	336-360
SÍNDROME DE DOM CASMURRO: A INFLUÊNCIA DE MACHADO DE ASSIS NO PROCESSO PENAL E A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR Isabel Peixoto Fernandes Pimenta, Luiz Felipe Pinheiro Neto	361-383
A INEFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: A QUESTÃO INDÍGENA – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA OBRA DE EDUARDO GALEANO Marcos Aurélio de Medeiros Jordão, Maria de Nazaré Filgueira Passos de Amorim	384-412
MODA SUSTENTÁVEL: A PROBLEMÁTICA DO DUMPING SOCIAL E AMBIENTAL SOB A ÓTICA DA SUSTENTABILIDADE E SUAS DIVERSAS FACES Maria Eduarda Pinheiro Rodrigues, Adriana Gomes de Medeiros de Macedo Dantas	413-436
ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO: A REFORMA TRABALHISTA CONTRAPOSTA À USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA Emyli Hapuque Miranda Silva, Marcelo Maurício da Silva	437-464
A PROTEÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR DA GIG ECONOMY NO BRASIL: FORMA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO? Silvana Éllen Souza de Oliveira, Adriana Gomes de Medeiros de Macedo Dantas	465-481
A INSTABILIDADE NORMATIVA DA PARCELA GORJETA EM VIRTUDE DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO Marcelo de Barros Dantas, Leonardo do Monte Silva	482-520
HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NO PROCESSO TRABALHISTA: APLICAÇÃO DO ARTIGO 791-A, DA LEI Nº 13.467/17 OU DO ARTIGO 85, §2º, DA LEI Nº 13.105/15? Alexsandro Lopes da Costa, Cíntia de Fátima Silva, Diego Sidrim Gomes de Melo	521-554

A ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTADO: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes, Fabiana Medeiros Silva

555-581

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER EM NATAL-RN

Anna Karolina Moura Da Silva, Lianne Mendes Amorim, Sofia Castro Gadelha Simas, Yasmin Cunha Dos Santos Raposo

582-598

A ATIVIDADE TURÍSTICA EM NATAL/RN: AS PERCEPÇÕES DOS TURISTAS, DOS PROFISSIONAIS DA ÁREA E DOS MORADORES ACERCA DA ATUAÇÃO ESTATAL NA INFRAESTRUTURA GERAL DA CIDADE E DOS PONTOS VOLTADOS AO TURISMO

Beatriz Cunha, Cinthya Ferreira, Izabel Nunes, Nathália Cristina, Rebeca Soares

599-618

MEMÓRIA JURÍDICA:

DISCURSO PROFERIDO EM LISBOA PAULO LOPO SARAIVA 07.09.2016

Paulo Lopo Saraiva

619

EDITORIAL

Na continuidade ao projeto de publicações científicas idealizado pelo nosso Centro Universitário o presente número da Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN busca manter a mesma qualidade que demarca a divulgação da escrita científica da comunidade jurídica potiguar.

No presente número figuram trabalhos externos à ambiência institucional, bem como artigos dos alunos de graduação e pós graduação do UNI-RN. Além disso, conta com a participação dos docentes em parceria com o alunado, tanto no desenvolvimento de suas disciplinas (no exemplo dos Professores Marcelo Barros e Rasland Luna) quanto na orientação para a materialização dos Trabalhos de Curso (no caso dos Professores Luiz Felipe Pinheiro Neto, Adriana Gomes Macedo Dantas, Marcelo Maurício Silva, Rosângela Mitchell e Marco Jordão).

O professor Marcelo Maurício vem ainda a participar, nesta edição, com um trabalho em que esboça a conexão da obra “As Veias abertas da América Latina”, de Eduardo Galeano, com o universo do Direito Internacional Público, disciplina que leciona junto ao nosso Curso de Direito.

Dando sequência aos esforços de preservação do legado acadêmico relacionado ao Rio Grande do Norte nosso periódico segue com o tópico destinado à Memória Jurídica, desta vez com a transcrição do discurso realizado pelo Professor Paulo Lopo Saraiva, por ocasião da outorga da Medalha da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Assim, atenta aos vários enfoques relacionados à observação do “fenômeno jurídico” é que, mais uma vez, A Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN deposita a sua crença de que apenas com o estímulo à formação de uma cultura jurídica crítica e livre é que podemos oferecer uma qualidade educacional suficientemente comprometida com a construção de uma sociedade mais digna e justa.

Fábio Fidelis de Oliveira.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROCEDIMENTO MÉDICO ESTÉTICO: ANÁLISE DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Marcus Augusto Freire Fernandes¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Morais²

RESUMO

A responsabilidade civil do procedimento médico estético é objeto de muita controvérsia ao longo dos anos no Brasil. Atualmente a doutrina especializada do Direito Médico compreende que o ato médico estético deve ser visto como um ato médico pleno, sem diferenciação de outros atos médicos. A evolução do conceito de saúde considera a busca pelo embelezamento como uma das formas de busca à saúde. Esta visão de indissociação do ato médico gerou na doutrina o entendimento que a obrigação do ato médico estético deve ser sempre de meio. Entretanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros ainda tem entendimento distinto desse ramo doutrinário do Direito Médico. Muitos julgados entendem ser o procedimento estético uma obrigação de resultado, baseando tal distinção na ideia que a busca pelo embelezamento não é considerada como uma forma de busca à saúde. Foi utilizado uma abordagem dialética, observando correntes com visões distintas sobre o tema. Uma pesquisa qualitativa com análise da doutrina especializada no tema foi feita e verificada a jurisprudência dos tribunais nos últimos 10 anos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Obrigação de meio. Conceito de saúde. Procedimento estético.

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE LA PROCÉDURE MÉDICALE ESTHÉTIQUE: ANALYSE DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE BRÉSILIENNE

RÉSUMÉ

¹ Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. marcusfernandes@hotmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. rosangela.mrm@hotmail.com

La responsabilité civile de la procédure médicale esthétique fait l'objet de nombreuses controverses au fil des années au Brésil. De nos jours, la doctrine spécialisée du droit médical comprend que l'acte de la médecine esthétique doit être considéré comme un acte médical à part entière, sans distinction d'autres actes médicaux. L'évolution du concept de santé considère la recherche d'embellissement comme un des types de recherche de santé. Cette conception de l'in-dissociation de l'acte médical a généré dans la doctrine la compréhension du fait que l'obligation de l'acte médical esthétique doit toujours être de moyens. Cependant, la jurisprudence des courtes supérieures brésiliennes ont encore une compréhension différente de cette branche doctrinale du droit médical. De nombreux juges comprennent que la procédure esthétique est une obligation de résultat et fondent cette distinction sur l'idée que la recherche d'embellissement n'est pas considérée comme un type de recherche de la santé. Une approche dialectique a été utilisée, en observant les courants avec des points de vue différent sur le thème. Une recherche qualitative avec analyse de la doctrine spécialisée dans la matière a été réalisée et a permis de vérifier la jurisprudence des tribunaux au cours des 10 dernières années.

Mots-clés: Responsabilité civile. Obligation de moyen. Concept de santé. Procédure esthétique.

1 INTRODUÇÃO

Os procedimentos médicos estéticos ocupam um lugar de destaque nas discussões sobre o direito médico devido à visibilidade do tema na sociedade e pela grande demanda de processos que os profissionais dessa área tendem a suportar.

Tal demanda gera consequências patrimoniais aos médicos, que tendem a praticar o que se denomina "medicina defensiva", que leva ao enfraquecimento da relação médico-paciente, pilar mestre de uma boa prática médica.

Além da grande demanda judicial, tanto em números relativos como absolutos, outro ponto de destaque na avaliação do litígio nos procedimentos médicos estéticos é a natureza jurídica da obrigação.

A doutrina especializada debruçou-se sobre o tema ao longo dos anos. Atualmente, a ampla maioria da doutrina do Direito Médico considera o ato médico

como de obrigação de meio. Não está o ato médico vinculado à cura do paciente/enfermidade, mas a oferecer ao seu paciente um tratamento adequado, respeitando a autonomia do paciente e as normas da prudência e da ciência, norteado por princípios estabelecido pelo Código de Ética Médica.

Tal entendimento encontra respaldo na imprevisibilidade inerente à atividade médica.

Esta imprevisibilidade, entretanto, não exime o médico da obrigação de informação ao paciente de todas as nuances do tratamento para que este, com base em informações mais precisas possíveis, possa exercer seu direito de escolha e oferecer seu consentimento esclarecido.

Apesar das razões descritas anteriormente que sustentam a impossibilidade de se cobrar do profissional médico resultados, encontramos no Brasil uma corrente que sustenta que o procedimento médico "meramente estético" é uma exceção a essa regra. Esta corrente vê o procedimento estético como obrigação de resultado. Se notarmos que o resultado do procedimento estético é o embelezamento, e tal conceito apresenta uma enorme variação cultural, etária, socioeconômica, regional e mesmo interpessoal, a mensuração do "sucesso" deste procedimento traria grandes dificuldades de aplicabilidade.

Esta visão dicotômica do ato médico estético x ato médico não estético ("terapêutico") contraria os conceitos atuais da saúde empregados no Brasil e ditados pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Em contramão da visão doutrinária que brota em nosso meio e da visão mais moderna do conceito de saúde, parte da jurisprudência brasileira, principalmente nos tribunais superiores, adota a visão dicotômica dos atos médicos, dando tratamento jurídico distinto a eles, e imputando ao procedimento considerado "meramente estético" a obrigação de resultado.

Este trabalho foi realizado através de um método de abordagem dialético, observando correntes com visões distintas sobre o tema. Foi realizada uma pesquisa qualitativa com análise da doutrina especializada no tema e verificando a jurisprudência dos tribunais nos últimos 10 anos.

Foi realizada uma breve revisão sobre o processo de judicialização da Medicina no Brasil, uma revisão sobre a evolução da responsabilidade civil obrigacional médica e uma revisão crítica da doutrina especializada na área e da

jurisprudência pátria.

Também foi objeto de análise os avanços conceituais da Saúde e por fim, os possíveis conflitos entre o aspecto jurídico e conceitual da saúde.

2 ASPECTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA NO BRASIL

O Brasil apresenta uma posição de destaque no mundo quando se avalia a quantidade de demandas judiciais contra os médicos.

Pinheiro (2017) descreve que, em 2017, o Brasil tinha uma média aproximada de 7% do total de médicos em atividade que respondiam a algum processo em todas as esferas, aproximando o Brasil dos Estados Unidos, país com a cultura mais litigante do mundo, onde 9% dos médicos respondem a processos. A cirurgia plástica ocupa lugar importante na lista das especialidades médicas mais demandadas judicialmente, ficando atrás somente da ginecologia e obstetrícia e da traumatologia-ortopedia.

O professor Raul Canal (2014) relata que a cirurgia plástica ocupa o terceiro lugar, em números absolutos como especialidade mais demandada judicialmente. Entretanto, em números relativos, a cirurgia plástica ocupa o primeiro lugar, com aproximadamente 47% dos cirurgiões plásticos brasileiros respondendo a processos. Esses números são de um estudo da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética - ANADEM, realizado nos 27 tribunais estaduais de Justiça e no STJ.

O Professor da Faculdade de Direito de Coimbra André Gonçalo Dias Pereira (2012), em sua tese de doutoramento, descreve que esse aumento da demanda judicial contra a atividade médica fomentou o surgimento de uma "medicina defensiva". A litigância gera, nos profissionais, reações como perda de empatia com os pacientes, distanciamento, aumento do número de exames pedidos, gerando sobrecarga financeira sobre o sistema de saúde, além de aumentar o risco de iatrogenias. Tal conduta defensiva do médico em relação ao seu paciente desconstrói a confiança mútua indispensável para uma relação médico-paciente saudável, comprometendo o próprio ato médico em si.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE MÉDICA

Antes de adentrarmos na discussão acerca da responsabilidade civil do procedimento médico, cabe uma breve revisão conceitual sobre o tema.

Farias, Braga Netto e Rosenvald (2019, p. 37) definem a responsabilidade civil como: "obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados em lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo".

O Código Civil Francês serviu como base para as legislações modernas e dá a definição da responsabilidade no seu texto original no artigo 1.382, atualmente artigo 1.240: "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*"³. (FRANÇA, 1804).

O Código Civil Brasileiro aborda a responsabilidade civil em alguns artigos⁴.

O Código de Ética Médica disciplina a responsabilidade do médico ao vedar ao médico em seu Artigo 1º: "Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência." (CFM, 2018)

Dantas e Coltri (2020) reforçam a importância da diligência, da prudência, da precaução e da perícia na prática médica, pois a análise da culpa em um ato médico será pautada na conduta do médico.

Em que pese a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a forma de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente, esse código em seu artigo 14⁵, parágrafo quarto discorre sobre o tema.

Nota-se nesse dispositivo a importância do esclarecimento do paciente sobre os procedimentos médicos que lhe serão ofertados e seus riscos, sendo a sua não observância, fator de responsabilização do profissional.

3.2 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

³ Qualquer fato gerado pelo homem que cause dano a outro, obriga àquele que causou o fato a obrigação de reparação. (FRANÇA, 1804, *online*, tradução nossa)

⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

⁵ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 1990)

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná Miguel Kfoury Neto (2019) destaca a relevância da responsabilidade do profissional médico, ao relatar que os mais precoces textos jurídicos que sobreviveram até os dias atuais fazem referência a responsabilidade do médico em seu mister. Desde o Código de Hamurabi, com seus inúmeros artigos que fazem referência as obrigações as quais os médicos estavam submetidos, passando pelo direito romano, com a *Lex Aquilia de Damno* formulando o conceito de culpa e a necessidade de reparação do dano, até o início da ciência médica como conhecemos no período grego com a edição do *Corpus Hippocraticum*.

Durante muitos séculos seguintes a responsabilidade médica ficou relegada a um plano eufêmico, pois existia na realidade uma impunidade envolta pela aura quase inatingível do profissional, que não respondia por seus insucessos ou condutas.

Tal situação sofreu uma reviravolta na primeira metade do século XIX, quando o procurador Francês Dupin (1783-1865), condenou o médico Helie de Domfront por uma conduta considerada errada em um parto que resultou na mutilação do feto⁶ O procurador Dupin (*apud* KFOURI NETO, 2019, p. 70) descreve:

[...] do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele [...].

A partir deste caso a responsabilidade médica voltou a ser objeto de análise da sociedade e do poder judiciário de forma mais técnica.

3.3 CULPA MÉDICA

Como se observa no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, §4º, a

⁶ O caso, em resumo, foi o seguinte: O Dr. Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao toco-traumatismo. Diante de tal situação, a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa. A sociedade dividiu-se. A Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, solicitada pelo Tribunal, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época. O resultado do laudo foi o seguinte: 1. Nada provado que o braço fetal estivesse macerado; 2. Nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; 3. Não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; 4. A operação realizada pelo Dr. Helie deverá ser considerada uma falta grave contra as regras da arte. Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia impugnou-o e outro é emitido por outros médicos, que chegam a conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia. O Tribunal de Domfront condenou o Dr. Helie ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos.

culpa é fator indispensável para a responsabilização do ato médico⁷.

Vale ressaltar que para fins de reparação civil dos danos, não se faz qualquer distinção entre o dolo e a culpa, nem entre seus elementos, uma vez que o cálculo da reparação é feito avaliando a extensão do dano gerado (BORGES, 2014; TARTUCE, 2019).

A culpa médica se traduz na falha nos deveres de conduta obrigatórios ao profissional médico (BORGES, 2014). Não há no ordenamento jurídico brasileiro gradação de culpa, sendo avaliado, como dito anteriormente, somente o dano causado (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019).

A culpa no direito civil, comporta três elementos distintos:

3.3.1 Imprudência médica

A imprudência médica é caracterizada pela ausência de cautela necessária. São atos realizados de forma intempestiva, precipitada. A imprudência tem um caráter comissivo, por definição. Pode-se exemplificar nos casos em que médicos realizam determinados procedimentos sem o devido respaldo técnico-científico ou quando um profissional inicia um procedimento sem todo o instrumental necessário (BORGES, 2014; FRANÇA, 2019).

3.3.2 Negligência médica

A negligência médica é um ato omissivo por definição. É a inação, a inércia, a desídia, falhando nos deveres obrigatórios exigidos pela situação. Ela pode se apresentar de várias maneiras: abandono do paciente; omissão ou retardo no início de um tratamento; negligência no dever de informar, entre outros. Pela característica única e complexa do ato médico, os elementos de imprudência e negligência, muitas vezes ocorrem de forma concomitante e indissociável. De forma exemplificativa seria o caso onde o médico esquece um material no interior do corpo do paciente ou quando realiza um procedimento no lado errado do paciente. Mas casos menos espetaculares

⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 1990)

como os citados também podem configurar negligência, como a falta de consentimento e esclarecimento do paciente sobre um determinado procedimento e suas possíveis complicações (BORGES, 2014; FRANÇA, 2019).

3.3.3 Imperícia médica

A imperícia médica é a falta de observação de normas técnicas da arte médica, seja por despreparo técnico, seja por despreparo científico. Há certa discussão doutrinária se o fato do médico ser portador de diploma que lhe confere aptidão para o exercício da profissão não seria uma excludente para imputar-lhe um ato imperito. Entretanto, com o avanço cada vez maior das especialidades médicas e áreas de atuação cada vez mais restritas seria possível que se considere um médico que pratica ato que pressupõe uma especialização, mas não a possui, como imperito no caso em concreto (BORGES, 2014; FRANÇA, 2019).

3.4 O ATO MÉDICO COMO UMA RELAÇÃO CONTRATUAL E A OBRIGAÇÃO DE MEIO X OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A doutrina atualmente reconhece que a relação entre médico e o paciente é uma relação em regra contratual (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019; DANTAS, 2019; KFOURI NETO, 2019). Em que pese tal entendimento, quando há descumprimento da obrigação não se aplica à relação médico-paciente a responsabilização presumida (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019).

A atividade médica assim como a atividade do advogado são, na maioria dos casos, atividades de meio, onde os profissionais se obrigam a usarem o melhor de suas ciências para atingirem os objetivos traçados, sem, entretanto, estarem vinculados ao êxito do resultado para que haja adimplemento da obrigação (DANTAS, 2019; FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019).

Na obrigação de meio, há o compromisso do devedor de empregar todos os recursos disponíveis, conhecimentos e meios técnicos para a obtenção de determinado resultado, sem, no entanto, responsabilizar-se por ele (FRANÇA, 2019). Na atividade médica seria a obrigação de, através da diligência, atenção e à luz dos mais modernos conceitos da ciência, buscar o melhor resultado para seu paciente, sendo a cura uma

consequência deste meio, mas não o fim obrigatório (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019). Essa é a regra da relação obrigacional da atividade médica.

Quando há obrigação de resultados, o devedor deve entregar o fim prometido. Caso ele não seja alcançado, é considerado inadimplente (FRANÇA, 2019). Tal entendimento aplica-se de forma excepcional à prática médica, sendo a cirurgia plástica dita "estética" uma dessas exceções segundo parte da doutrina e jurisprudência pátria.

4 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE

O conceito de saúde está relacionado com a conjuntura social, política, econômica e cultural de uma sociedade. Por essa razão ele apresentou variações ao longo da história.

Nos primórdios, a relação da saúde com divino era muito próxima. A doença era vista como um castigo divino e a saúde, como uma graça. Essa é uma das razões da indissociação ente a figura do médico e do sacerdote nesse período. Não raro, nos dias atuais, ainda se faz referência a atuação na medicina como sacerdócio. O doente era visto como pecador e merecedor do castigo que recebia. Essa visão punitiva divina da doença foi reforçada no período de domínio da Igreja Católica durante a idade média (SCLIAR, 2007).

Hipócrates de Cós (460-377 a.C.) foi um pioneiro ao trazer o estudo do processo saúde x doença para o campo da racionalidade (ainda que rudimentar). Em um dos textos a ele atribuídos e que formam a obra *Corpus Hippocraticus* (apud KFOURI NETO, 2019, p 68), diz o seguinte: "A doença chamada sagrada não é, em minha opinião, mais divina ou mais sagrada que qualquer outra doença; tem uma causa natural e sua origem supostamente divina reflete a ignorância humana".

Durante séculos, e com a evolução do conhecimento científico, a relação saúde x doença ficou cada vez mais precisa e passou-se a conhecer cada vez mais e melhor as doenças.

Entretanto, pouco se estudou sobre a saúde em si. Durante grande parte da história da humanidade a saúde era considerada, simplesmente a ausência de doença, não sendo um ente em si.

Somente após a segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização

Mundial da Saúde (OMS), ligada a Organização das Nações Unidas (ONU), estabeleceu-se um conceito internacional e mais amplo de saúde.

Em 07 de abril de 1948 (desde então o Dia Mundial da Saúde) foi editada a Carta de Princípios da OMS, onde consta a seguinte definição de saúde: "Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade". Nessa carta contava também que a saúde era uma obrigação do Estado, devendo esse atuar em sua promoção e proteção.

O conceito da OMS é mais um compromisso inatingível que impõe ao Estado uma atenção permanente para alcançá-lo.

Este conceito foi revisitado ao longo das últimas décadas. O bem-estar político, econômico, liberdade, condições de trabalho são citados como componentes de uma saúde plena do indivíduo.

Segre e Ferraz (1997) propuseram um conceito abrangente que parece adequado à realidade atual: "saúde é um estado de harmonia entre o sujeito e a sua própria realidade".

Considerando as visões mais modernas sobre a conceituação da saúde, indo muito além da limitada visão que seria saúde a ausência de doença, podemos vislumbrar que procedimentos que visem melhorar aspectos ligados a autoestima, sexualidade, sensação de bem-estar corporal estão diretamente ligados à preservação e recuperação de saúde.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL OBRIGACIONAL DO ATO MÉDICO ESTÉTICO

5.1 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO NO BRASIL

Com a evolução, já vista, do conceito de saúde e com o surgimento nas últimas décadas de um ramo do Direito que visa tratar especificamente dos problemas ligados a saúde e aos profissionais que com ela atuam diretamente, o Direito Médico, houve uma evolução na visão dos doutrinadores sobre o tema.

Os especialistas em Direito Médico discutem há décadas acerca da natureza da responsabilidade obrigacional do procedimento estético. Quanto ao ato médico dito curativo há uma sólida compreensão que a natureza é de obrigação de meio, obrigando-se o profissional a empregar de prudência e diligência na prestação do

serviço, sem garantias de resultado.

Parte dos doutrinadores do Direito Médico nessa área tem uma visão que não pode haver diferenciação entre atos médicos, sejam eles ditos curativos, sejam eles ditos estéticos:

Dantas (2019, p. 177) afirma em sua obra *Direito Médico*, o seguinte:

O que se pretende demonstrar é que, sob todos os aspectos, a cirurgia plástica é intervenção cirúrgica equiparável a todos os demais procedimentos cirúrgicos, e que as reações do organismo humano são imprevisíveis e consequências indesejadas podem sobrevir, ainda que toda a técnica, recursos disponíveis, prudência e perícia tenham sido empregados ao caso concreto, não se podendo, por sua vez, simplesmente culpar o médico pelo infortúnio, por ele também não desejado

O mesmo autor (2008) em artigo reforça sua tese:

[...] il est antijuridique, au prétexte que la chirurgie esthétique est classée comme obligation de résultat, d'invertir la charge de la preuve. Le règlement de la responsabilité subjective, incompatible avec cette inversion, s'applique en toute hypothèse au médecin.⁸

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, Miguel Kfoury Neto (2019, p. 232), em sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*, diz:

Há que se entender saúde, todavia, como bem-estar não somente físico, mas também psicossocial. Nesse contexto, indubitosa é a feição curativa de que se pode revestir a cirurgia estética. Enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Existe uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. A cirurgia estética pode atenuar ou eliminar totalmente em mal-estar não físico, mas psíquico ou moral.

O desembargador, na mesma obra, comenta que apesar da corrente que fundamenta ser o ato médico uma obrigação de resultado, cuja culpa seria presumida pelo simples fato de não ser atingido o resultado esperado, não geraria uma transformação da natureza da responsabilidade do médico, que continuaria a ser subjetiva (KFOURI NETO, 2019).

Kfoury Neto (*apud* DANTAS, 2019) ainda frisa, em outra obra, que o cirurgião plástico não deveria ser obrigado a ter um resultado satisfatório, mas somente ter a

⁸ É antijurídico inverter o ônus da prova, sob o pretexto que a cirurgia estética é classificada como obrigação de resultado, pois a responsabilidade subjetiva, que é incompatível com essa inversão, se aplica sempre ao médico. (DANTAS, 2009, tradução nossa).

obrigação de empregar o melhor da arte médica para que tal fim fosse alcançado.

Nesse mesmo prisma de raciocínio transcrevo o pensamento dos autores Luiz Netto e Alves (2010), em artigo:

A Medicina não é uma ciência exata, nem tampouco uma atividade fim, mas sim de meio e, por isso, imprevistos ocorrem e critérios de imprevisibilidade, que cada tratamento ou procedimento tem, deverão ser ponderados, objetivando evitar erros inerentes à própria resposta do ser humano.

Na mesma obra, os autores afirmam ser a obrigação do médico sempre de meio, pois o objetivo do tratamento é usar todos os meios disponíveis, dentro da esfera ética permitida (LUIZ NETTO; ALVES, 2010).

O Advogado especialista em Direito médico Coltri (2007) questiona em seu artigo, sobre a natureza obrigacional da cirurgia plástica. Levanta a impossibilidade de se cobrar desses profissionais resultados, devido à imprevisibilidade da cicatrização da pele. Por essa razão não se deveria igualar a natureza obrigacional de tais procedimentos às atividades como a pintura de um quadro ou a construção de um edifício, onde todos os processos podem ser antevistos pelos profissionais. Por essa razão, acredita que seja inaplicável, à cirurgia plástica, a obrigação de resultados.

Nessa mesma linha de raciocínio da indivisibilidade do ato médico da cirurgia plástica, encontramos nos artigos 1º, 2º e 3º da Resolução nº. 1.621/2001⁹ do Conselho Federal de Medicina (CFM) que orienta a normatização da cirurgia plástica, reconhecendo que existe uma diversidade biológica inerente a características individuais, que a cirurgia plástica é uma especialidade una com objetivo de trazer bem estar em todas as esferas do indivíduo (física, psicológica e social). Reforça ainda a necessidade de esclarecimento efetivo ao paciente, antes deste se submeter a intervenções.

Essa visão pode ser ainda corroborada pelo próprio conceito de ato médico, tão bem definido no artigo escrito pelas autoras Oliveira e Murr (2017):

Toda intervenção programada e realizada por profissional médico habilitado, em um estado inicial, objetivando um estado final diverso e sob certa

⁹ Art. 1º - A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente. Art. 2º

- O tratamento pela Cirurgia Plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social. Art. 3º - Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento. (CFM, 2001).

previsibilidade técnica, mediante utilização de procedimentos devidamente reconhecidos pela comunidade científica, juridicamente permitidos pela Legislação vigente, e dotados de admissibilidade ético-moral

A autora avalia o ato médico em sua completude, analisando critérios de ordem formal (habilitação), finalista (resultado objetivado), jurídico (legalidade) e ético-moral (submissão aos ditames do Código de Ética Médica). Deste prisma, os atos da cirurgia plástica são atos médicos plenos, independentemente se estes visam uma função reparadora ou se visam um componente de embelezamento ou de aprimoramento estético.

Esse recorte doutrinário não aceita a divisibilidade da responsabilização dos atos médicos em obrigação de meio ou de resultado.

Contrariamente aos doutrinadores anteriormente citados, o Professor Genival Veloso de França (2019, p. 341) divide a cirurgia plástica em dois ramos distintos e com responsabilização também distinta:

A cirurgia estética desenfreada que chamamos de cosmética não visa a nenhuma ação curativa, revelando-se, quase sempre, prática duvidosa, estando pois, fora do âmbito da Medicina, podendo ser considerada ilícita à luz da ética e da lei. Sendo assim, constitui-se num delito de exercício ilegal da medicina, pois não está amparada por uma necessidade terapêutica.

Na mesma obra, o autor completa seu raciocínio, descrevendo que há uma clara diferença entre as cirurgias plásticas reparadoras, pois, essas sim, seriam lícitas e necessárias e estariam protegidas pelos direitos dos médicos e por uma relação médico x paciente, e a cirurgias cosmetológicas, pois essas não estariam entre os procedimentos da verdadeira medicina e como tem como bases interesses escusos e questionáveis não estaria, o médico que as pratica, protegido pelo direito médico

Baseado nessa visão, o Professo Genival Veloso de França conclui que nas cirurgias cosmetológicas, deve-se impor ao médico obrigações de resultado, visto que considera que tais procedimento, não são verdadeiramente médicos e não podem gozar do mesmo status jurídico de obrigação de outros procedimentos (FRANÇA, 2019).

Como visto acima, essas duas correntes com visões antagônicas quanto à natureza obrigacional da atividade médica estética ainda têm representantes no Brasil. Nas últimas décadas, a corrente que entende ser o ato médico uma unidade,

sem diferenciação das obrigações entre procedimentos estéticos e não estéticos ganhou adeptos, o que gerou uma nova linha de raciocínio para os juristas em seus julgados sobre o tema.

5.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

O entendimento jurisprudencial acerca do tema é amplamente majoritário nos tribunais inferiores e praticamente pacificado nos tribunais superiores quanto à divisão dos ramos da cirurgia plástica, dando ao procedimento dito estético, responsabilização jurídica distinta.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AC nº 0026119-83.2006.8.19.0001, 2011) apresentou julgados com essa visão.¹⁰

Outros julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AC nº 0142848-37.2002.8.19.0001, 2009) e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AC nº 70045294584, 2012) têm a mesma visão dicotômica entre as cirurgias plásticas ditas estéticas e não estéticas, dando a elas tratamento obrigacional distinto.

Porém, outros tribunais têm entendimento diferente sobre o tema.

O Tribunal de Justiça do Paraná (AI nº 34834-1, 1995) em acórdão proferido pelo Relato Desembargador Abrahão Miguel, conclui de forma diferente, observando que a cirurgia plástica, assim como toda atividade médica possui responsabilidade obrigacional de meios.¹¹

Nas cortes superiores brasileiras o entendimento majoritário é o de

¹⁰ Decisão: 1. Evidente que a relação travada entre as partes é de consumo, enquadrando-se a autora no conceito de consumidor descrito no caput do artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como o demandado na máxima contida no caput do artigo 3º do citado diploma legal. 2. Responsabilidade civil médica que enseja a incidência do artigo 14, §4º, do CPDC, segundo o qual é subjetiva a responsabilidade dos profissionais liberais. Precedente do TJ/RJ e doutrina.3. Cirurgia de mamoplastia, de natureza estética, e não reparadora, tratando-se, assim, de obrigação de resultado, incumbindo ao profissional comprovar que a insatisfação de quem esteve sob seus cuidados provém de fatos alheios a sua atuação. 4. Prova nos autos que demonstra ter o médico obrado com culpa, no que toca à correção dos seios. Resultado indesejado pela paciente.5. A alegada impossibilidade de simetria perfeita e a ocorrência de álea nas cirurgias de redução de mamas não eximem o médico da responsabilidade pelo descontentamento da paciente frente ao resultado indesejável, haja vista que não há prova nos autos de que a autora tenha sido previamente informada da possibilidade de seus seios não ficarem como almejava.6. Dentre os deveres de segurança, encontram-se presentes os deveres de informação e de boa-fé, bem como, implicitamente, a garantia de assegurar a legítima expectativa do consumidor, que se submete a procedimento cirúrgico e, após todos os procedimentos pré e pós-operatórios, vê-se frustrada diante do resultado da cirurgia plástica realizada." (TJRJ, AC nº 0026119-83.2006.8.19.0001, Relator: José Carlos Paes, Julgado em: 18/05/2011)

¹¹ Decisão: Prova - Responsabilidade civil médica por cirurgia plástica malsucedida -Atividade médica como obrigação de meios e não de resultado - Necessidade de a autora provar a culpa do profissional - Impossibilidade de inversão do ônus da prova - CCB, art 1.545. A obrigação médica é de meio e não de resultado, depende, portanto, de prova daquele que se disser prejudicado. estando, desta forma, a responsabilidade civil dos médicos fundada na teoria da culpa, inaplicável à espécie o no Código de Defesa do Consumidor, em seu arti. 14, §4º, exclui a possibilidade da pretendida inversão do *onus probandi*". (TJPR, AI nº 34834-1, Relator: Abrahao Miguel, Julgado em: 20/06/1995)

dissociação entre procedimento meramente estéticos e reparadores. O Recurso Especial no STJ (Resp. nº 1907955/MG)¹² de relatoria da Ministra Nancy Andrigui é citado em diversos outros julgados e serve de forma exemplar para descrever o entendimento amplamente majoritário desse Tribunal.

Nota-se, pela análise da posição dominante nos tribunais em instancias recursais e superiores, que o ramo doutrinário que vê como único o ato médico da cirurgia plástica ainda não conseguiu modificar o entendimento dos julgadores. A corrente doutrinária mais clássica encontra eco de forma mais evidente nas decisões.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do procedimento médico estético é tema de muita discussão e entendimentos conflitantes, tanto na doutrina especializada como na jurisprudência pátria.

A corrente doutrinária que surgiu nas últimas décadas entende não ser possível dividir o ato médico entre estético e não estético, dando a eles tratamento igualitário. Tal entendimento encontra sólida base no próprio conceito atualmente aceito de saúde.

Parte da doutrina defende a indivisibilidade entre procedimentos estéticos e não estéticos pois ambos contam com a álea inerente a qualquer intervenção no corpo humano. Em contrapartida, parte da doutrina e a jurisprudência pátria entendem que a cirurgia plástica dita estética visa não a saúde e sim uma busca fútil pelo embelezamento.

Entretanto, após a análise conceitual do que é saúde entende-se que não se deve diferenciar os procedimentos plásticos sejam de cunho estético ou de cunho reparador não somente pela álea inerente a ambos, mas principalmente porque ambos

¹² Decisão: PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA - ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES. 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias reparadoras. Precedentes. 2. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parte estética e de meio em relação à sua parte reparadora. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido ". (STJ, Recurso Especial nº 1907955/MG, Relatora: Min. Nancy Andrigui, Julgado em: 03/10/2011).

atuam no mesmo bem jurídico tão caro a todos: a saúde.

Uma mulher que procura um cirurgião plástico para fazer uma cirurgia de mastopexia (elevação das mamas) de cunho estético não o faz por motivos fúteis e imorais. Tal procedimento melhora a autoestima desta paciente, aumenta sua autoconfiança, interfere na sua sexualidade e na forma como ela se apresenta aos outros. Esse procedimento é sim uma forma de busca pela saúde.

Uma adolescente que procura um cirurgião plástico para corrigir "orelhas de abano" através de uma otoplastia, ao fazê-la terá ganhos muito além da estética. Muitas vezes após a cirurgia sairá com o cabelo preso pela primeira vez em muitos anos ou deixará de usar faixas que contenham sua orelha. Esse procedimento trouxe a esse paciente uma completude de sua saúde.

Um homem que possui aumento das mamas (ginecomastia) após a cirurgia de correção (lipoaspiração ou cirurgia corretora) poderá ir à praia sem camisa, pois a vergonha que sentia do seu corpo desapareceu. Tal procedimento visa recuperar a saúde desse indivíduo.

O entendimento que procedimentos estéticos e embelezadores estão lastreados pela futilidade e pela busca desenfreada pela perfeição inatingível esta eivada de preconceitos.

Infelizmente este entendimento ainda prevalece nos nossos tribunais.

A estrutura do Direito Brasileiro gera uma interligação entre diversos ramos e uma mudança de posicionamento leva a consequências por vezes difíceis de previsibilidade. Ao se reconhecer a cirurgia plástica estética como um procedimento de saúde pleno teríamos repercussões em outros ramos do direito, não somente na esfera obrigacional.

No Direito Trabalhista se abriria a possibilidade de obrigatoriedade de acatamento de atestados médicos que fossem devidos a pós-operatórios de procedimentos "meramente estéticos". No Direito Previdenciário teríamos a possibilidade de INSS conceder benefícios para esses pacientes após procedimentos estéticos. E talvez o maior impacto seria no ramo securitário. As operadoras de plano de saúde e seguradoras de saúde seriam questionadas quanto à obrigatoriedade de oferecerem aos seus clientes procedimentos estéticos, que atualmente não fazem parte do rol de procedimentos obrigatórios por elas ofertados e aumentando em muito a acessibilidade desses procedimentos.

Como se pode ver, ao se dar tratamento diferenciado aos procedimentos estéticos e não estéticos, os julgadores não atentam para o próprio conceito de saúde, dificultando acesso a direitos em múltiplas esferas do direito.

Além disso, ao não reconhecer essa justa busca pela autoestima, pelo embelezamento e pela autonomia sobre seu corpo, os tribunais não contemplam princípios fundamentais norteadores de nosso ordenamento jurídico, como liberdade de escolha, busca pela felicidade e principalmente o de dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em 03 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Secretaria de Educação Fundamental. **Saúde**. [s.l.]: [s.n.], [199-?]. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1907955/MG**, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 03 de outubro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652031307/recurso-especial-resp-1584465-mg-2015-0006691-6/inteiro-teor-652031317?ref=juris-tabs>> Acesso em: 22 jul. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n. 34834-1**, Relator: Abrahao Miguel. Curitiba, PR, 20 de junho de 1995. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21978836/804004001-pr-804004-0-01-acordao-tjpr/inteiro-teor-21978837>>. Acesso em: 02 ago. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0026119-83.2006.8.19.0001**, Relator: José Carlos Paes. Rio de Janeiro, RJ, 18 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032E7E33855C05F2756E533F20406C7290E5C403023503>>. Acesso em: 02 ago. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0142848-37.2002.8.19.0001 (2009.001.38826)**, Relator: André Andrade. Rio de Janeiro, RJ, 29

de abril de 2009. Disponível em: <
<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1072500/erro-medico-cirurgia-plastica.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70045294584**, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Porto Alegre, RS, 13 de setembro de 2012. Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22422503/apelacao-civel-ac-70045294584-rs-tjrs/inteiro-teor-110679981?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 ago. 2019

CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 1. ed. Brasília: Saturno, 2014.

COLTRI, Marcos. Cirurgia plástica é obrigação de resultado? **Direitomedico.blogspot.com**, [s. l.], 14 de ago. 2007. Disponível em: <
<http://direitomedico.blogspot.com/2007/08/cirurgia-plastica-obrigao-de-resultado.html>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.621/2001**, de 16 mai. 2001. Brasília, DF, 2001. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Código de Ética Médica**: Resolução nº 2.217, de 27 set. 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF, 2019. Disponível em:
<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

DANTAS, Eduardo. **Direito médico**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2019.

DANTAS, Eduardo. La chirurgie plastique comme obligation de moyens. Aspects de la responsabilité civile dans le droit brésilien. **Revue Générale de droit médical**, France, n. 26, p. 23-37, 2008. Disponível em:
<<http://www.eduardodantas.adv.br/Article5.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. Ed. Salvador: JusPodium, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FRANÇA, Code Civil, de 21 de março de 1804. Chapitre Ier: La responsabilité extracontractuelle en général. [s.n.], Paris, 21 mar. 1804. Disponível em:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4D94EAD5AB238ABEE1B466CF2D763B9C.tplgfr37s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032021488&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190822>. Acesso em: 03 ago. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2019.

LUIZ NETTO, Adamo; ALVES, Milton Ruiz. Responsabilidade Médica. **Revista brasileira de oftalmologia**, Rio de Janeiro, vol. 69, n. 2, mar./abr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-72802010000200001>. Acesso em: 03 ago. 2019

OLIVEIRA, Danielle Freitas de Lima; MURR, Leidimar Pereira. Ética, direito e medicina: uma moral compartilhada. **Revista Juris Rationis**, Natal, v. 9, n. 2, p. 11- 22, abr./set. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unp.br/index.php/juris/article/view/1489>>. Acesso em: 03 ago. 2019

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direito dos pacientes e responsabilidade médica**. 2012. 879 f. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-civilistas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2019

PINHEIRO, Renato de Assis. Os números da judicialização da Medicina. **DireitoNet**, [s.l.], 09 maio 2017. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10149>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSYS: Revista Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2019

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v. 31, n. 5, out. 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DISCURSOS DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: A MATERIALIZAÇÃO DA BANALIDADE DO MAL?

Gennyelle Beatriz Pereira Silva¹

Marco Aurélio de Medeiros Jordão²

RESUMO

O trabalho versa sobre a análise das relações de interação social que se constituíram a partir do advento da Internet e de como se comportam os usuários nas redes sociais no Brasil. Para tanto, a pesquisa aborda a importância da Conquista Democrática, declarada pós-período ditatorial, com a Constituição de 1988, versando sobre o tratamento da Liberdade de Expressão, no âmbito digital, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito. Por sua vez, seguindo a máxima *“onde existe sociedade, há direito”*, como consequência da adesão massiva da sociedade às redes sociais, surge a necessidade de se regular as atividades na internet. Para isto, foi criada a Lei do Marco Civil da Internet, que estabelece Direitos e Deveres aos usuários da rede no país, e que servem, de acordo com os Direitos enumerados na Constituição Federal, como diretrizes para o exercício da cidadania no âmbito digital reconhecido, a partir de então, como coisa pública. Devido a ideia de liberdade que a internet por si só produz, surgiram os excessos que, como consequência, geraram os abusos. Assim, o abuso do Direito à Liberdade de Expressão, manifestada nas redes sociais com os discursos de ódio que tendem a aviltar o outro, revelou-se ser legitimado e reproduzido de forma irrefletida, tornando-se, portanto, uma ação comum. Diante da Banalização dos discursos de ódio externados nas redes, a pesquisa tem como objetivo propor uma reflexão e adequação à principal teoria de Hannah Arendt, concluindo, dessa forma, que nas redes sociais materializou-se, a partir dos discursos de ódio, a Banalidade do Mal. Por fim, a metodologia aplicada no presente artigo, se deu através de levantamentos bibliográficos, baseando-se na doutrina nacional e estrangeira, incluindo a literatura clássica a respeito do tema.

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

² Doutor em Filosofia formado pela PUCRS e Autônoma de Madrid. Professor Universitário do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: marfilobr@gmail.com

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Constituição Federal. Democracia. Redes Sociais. Discursos de ódio. Banalidade do Mal.

**EXPRESSION FREEDOM AND THE HATE SPEECHES ON THE SOCIAL NETWORKS: THE
MATERIALIZATION OF BANALITY OF EVIL?**

ABSTRACT

The paper deals with the analysis of the social interaction relations that were constituted from the arrival of the internet and how the users behave in the social networks in Brazil. Therefore, the research approaches the importance of the democratic conquest declared after the dictatorial period with the 1988 constitution. Thus, this academic work seeks to approach the treatment of the expression freedom in the digital field, with Brazil as a democratic state of law. Following up the idea “where there is society, there is right”, due to the massive adhesion of society to social networks, thereupon, the need to regulate the activities in the internet. Hence, for the internet, Brazilian Civil Framework Law was created, which establishes rights and duties for the network users in the country that fulfill, in accordance with the federal constitution, guidelines for the exercise of citizenship in the digital sphere recognized, from then on, as something public. Due to the idea of freedom that the internet itself produces, the excesses emerge, as a corollary, leading to the abuse. Like this, the abuse of the right to expression freedom manifested in the social network with hate speech that tends to demean other person has proved to be legitimated and reproduced in a thoughtless way, becoming a common action. Given the trivialization of hate speeches externalized in the networks, this research aims to propose a reflection and adaptation to the main theory of Hannah Arendt; concluding, therefore, that in the social networks it was materialized, from the hate speech, the banality of evil. Finally, the methodology applied in this article was through bibliographic surveys, based on national and foreign doctrine, including classical literature of the theme.

Keywords: Expression freedom. Federal constitution. Democracy. Social networks
Hate speeches Banality of evil.

1 INTRODUÇÃO

Essa pesquisa tem a pretensão de analisar de qual forma o Estado e a sociedade, na sua nova forma de ser, poderão reagir frente à realidade fática da nova conjuntura social que materializou-se nas redes sociais. Diante do atual cenário brasileiro, a internet tem se tornado uma das armas mais poderosas para se expor opiniões, onde grande parte delas têm se revelado abomináveis. Sob as principais teorias de Hannah Arendt, a proposição é demonstrar a imediata necessidade da adequação do Direito aos novos fatos, que têm colocado em risco Preceitos Fundamentais; ferindo conquistas Constitucionais, tais como direito de expressão, o respeito à condição humana e à conquista Democrática do Estado. Buscando suporte nas Garantias Fundamentais, o presente projeto tem como o intuito demonstrar que a Banalidade do Mal se materializou nas redes sociais.

Nesse contexto, foi buscado refletir sobre o tratamento social e jurídico dos discursos proliferados nas redes sociais, no Brasil. Posteriormente, uma vez que a Liberdade de Expressão tem sido o argumento utilizado para ferir Direitos inerentemente humanos, o intuito foi demonstrar a necessidade da autoconsciência por aqueles que proliferam os discursos de ódio a fim de evitar experiências com novos Estados autoritários, voltados ao aviltamento da condição humana.

Trata-se de uma análise crítica, fundamentada nas ações da atual vida moderna e da seguridade no contexto do neoconstitucionalismo e pós-positivismo, e diante do papel dos Estados soberanos, na proteção da Dignidade da Pessoa Humana. Para isto, foi necessário fazer uma análise extensiva dos textos de Hannah Arendt e da conceituação da Banalidade do Mal, adequando-os, assim, à nova realidade social que se validou nas redes sociais. Tendo em vista a questão da intolerância não envolver somente os Direitos Humanos, também fez-se necessário o aprofundamento em outras áreas, repercutindo, notadamente sobre Ciência Política, Ética, Filosofia e Direito Constitucional. Quanto ao método de procedimento, objetivou-se desenvolver o tema, sobretudo, a partir de levantamentos bibliográficos, baseando-se na doutrina nacional e estrangeira, incluindo a literatura clássica a respeito do tema.

O trabalho visa demonstrar a necessidade e a amplitude de revisitação da temática dos discursos de ódio nas redes sociais. Isso porque, em que pese a evolução normativa ocasionada pelas duas grandes guerras, ainda é recorrente nas relações atuais

a desconsideração de Direitos mínimos inerentes à condição humana, vez que a defesa e proteção das pessoas é manifestação da solidariedade universal, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, a investigação exposta teve como dever analisar um comportamento social que se contrapõe ao Estado Democrático e seus respectivos dispositivos. Portanto, os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais revelam sua essência ao conter retrocessos sociais quando vê-se o desejo de parte da sociedade em negar direitos aos que com eles não concordam, em que pesem os comandos Constitucionais que garantem proteção. A manifestação social no novo modelo de sociedade, assenta ideias, interesses e ideologias dissociadas da Constituição e, conseqüentemente, enfraquece a percepção social sobre o valor do ser humano.

Assim, não só o Estado deverá assumir seu relevante papel no sentido de promover publicidade educativa e de orientação social para contornar a difusão ideológica nos meios de comunicação eletrônicos, mas também é necessário, àquele que produz os discursos, uma autopercepção da fiel contribuição para o aviltamento e conseqüente desrespeito ao ser humano, enquanto Ser de Direitos; retirando do seio social a certeza hodierna da desobrigação ao respeito aos Preceitos Fundamentais, para que, por fim, o Estado não deixe morrer a sua conquista Democrática e retroceda a tempos sombrios de autoritários que banalizam o mal.

2 O CÁLICE DA DITADURA MILITAR

“Pra não dizer que não falei das flores.”

(Geraldo Vandré)

No Brasil, a instabilidade política que se arrastava, fez com que o então Presidente Jânio Quadros, no ano de 1961, renunciasse ao seu mandato, assumindo a presidência, por consequência, o então Vice, João Goulart.

Em meio a um clima de crises e tensões político-sociais, que tomaram conta do País e para evitar que a situação se agravasse, e restasse numa guerra civil, “Jango” deixa o Brasil; momento em que os militares tomam o poder.

Em 31 de março de 1964, o Brasil entra pra história pela via mais sombria, e talvez antidemocrática, já experimentada. O golpe ao Estado consolidou-se e os militares ascenderam ao poder, de forma que, eleito pelo Congresso Nacional, o General Castello Branco, assume a presidência do País.

O regime instaurado, que perdurou de 1964 a 1985, somando 21 anos, sob a governabilidade do exército brasileiro, mascarado pelo restabelecimento da ordem pública, teve como principais símbolos a dissipação democrática, a cessação das prerrogativas Constitucionais até então previstas, a perseguição política, as prisões, a excessiva e brutal repressão, a cessação dos direitos políticos, o exílio, a tortura, o desaparecimento de pessoas e a censura.

Durante o regime foram introduzidos à vida jurídica do Brasil os Atos Institucionais, os “AI’s”³, onde, diante do cenário da época e das características que perseguem uma ditadura, ocupavam um lugar superior à Constituição. Foram criados o total de 17 Atos Institucionais, os quais, gradualmente, foram invalidando os traços democráticos, anulando as liberdades e negando os direitos intrinsecamente humanos.

Dentre as características autoritaristas que os AI’s instituíram, estão a concentração do poder nas mãos dos militares, a dissolução de todos os partidos políticos, a instituição das eleições indiretas, as sanções àqueles que se manifestassem politicamente, a extinção da Constituição anteriormente vigente ao golpe, a criação de uma nova Lei Maior, a validação da perseguição política dentre outras barbáries. A época ficou marcada pela intensiva, senão violenta, censura que o País sofreu.

Em 28 de março de 1968, no Rio de Janeiro, durante uma manifestação estudantil contra o aumento do preço da comida, no restaurante Calabouço, com a chegada da polícia no local, os ativistas políticos se abrigaram no referido restaurante e responderam com paus e pedras à truculenta repressão dos agentes. Com efeito, após o recuo, ofensivamente os policiais voltaram e revidaram com tiros, causando pânico entre os manifestantes, que deixaram o local. Sob o argumento de que os estudantes continuariam com a “balbúrdia”, os oficiais invadiram o restaurante onde os manifestantes estavam abrigados, momento em que o comandante da PM, Aloísio Raposo, atirou a queima roupa no peito do Estudante Edson Luiz, de 18 anos, matando-o.

³ Abreviação da expressão “Atos Institucionais”.

A comoção pela morte de Edson Luiz fez com que o clima de tensão aumentasse ainda mais. A resistência dos brasileiros ao militarismo vigente engendrou manifestações de civis e congressistas avessos ao regime. No dia 2 de setembro de 1968, durante sua fala, o deputado Márcio Moreira apelidou os quartéis militares de “Covis de Torturadores” e propôs um boicote ao governo.

Diante dos inúmeros protestos, como resposta, o então Ministro da Justiça, Luís Antônio da Gama e Silva, visando dar ao país um regime que atendesse às exigências de um sistema jurídico-político que assegurasse a autêntica ordem democrática, baseada na liberdade e no respeito à dignidade da pessoa humana; que combatesse a subversão e as ideologias contrárias às tradições do povo brasileiro; que lutasse contra a corrupção, com os meios indispensáveis para a reconstrução da ordem moral, interna e econômico-financeira do Brasil; e pela reconstrução do prestígio internacional da Pátria⁴, instaura o Ato Institucional nº 5, considerado o mais bárbaro pela história.

Na matéria, com duração prevista para 180 dias, ganhou destaque entre os 12 artigos que a cartilha previa, a suspensão de direitos políticos de qualquer pessoa e do Habeas Corpus para crimes políticos; e a chamada censura militar, desmedida, que amordaçava quaisquer tipos de manifestações, fossem elas literárias, jornalísticas, culturais, políticas ou qualquer ato que fosse considerado pelo Censor⁵ subversivo ao sistema; o que fez com que artistas, políticos e intelectuais buscassem exílio no exterior. Outros, tiveram seus gritos emudecidos pela tortura e morte.

Para além do tempo previsto de vigência, o AI-5 durou 10 anos. Esse assombroso tempo resultou em inúmeras torturas, exílios, mortes e desaparecimentos misteriosos de políticos, e em sua grande maioria estudantes militantes que lutavam contra o governo.

Entretanto, em 1974, quando o General Ernesto Geisel assumiu a presidência, o País, em passos lentos, começa a caminhar para distante do autoritarismo, rumo à reconquista Democrática do Estado. O reconhecimento da oposição política, a decretação do fim do AI-5 e a restauração do Habeas Corpus reluzia à escuridão que o Brasil vivia.

⁴ BRASIL (1964) Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_n.º_5#/media/Ficheiro:AI-5_fl.01.jpg. Acesso em: 18 nov 2019.

⁵ Censor é o termo usado para se referir aos agentes militares que se encarregavam em examinar obras e ou realizações de cunho artístico ou cultural, com fins de censura.

Foi no Governo Figueiredo, de 1979 a 1985, que o processo de redemocratização de fato se iniciou. A Lei de Anistia, recém decretada, que concebeu o Direito de retorno ao País àqueles que foram condenados e exilados pelos intitulados crimes políticos, e o primeiro sinal do movimento “Diretas Já” fizeram com que a esperança pelo fim do regime reacendesse, mesmo em meio à resistência por aqueles militares que ainda insistiam em intimidar os Direitos e liberdades que paulatinamente estavam sendo reconquistados.

Escolhido pelo Colégio Eleitoral, Tancredo Neves, no dia 15 de janeiro de 1985, assumiu a Presidência do Brasil e, posteriormente ao seu falecimento, o cargo foi assumido pelo seu vice, José Sarney, e o fim da ditadura militar foi consolidado. Além da aprovação da Emenda Constitucional Dante de Oliveira pelo Congresso Nacional, a qual previa a possibilidade do retorno das eleições diretas (Movimento Diretas-Já), Sarney também enviou ao Congresso o texto 330, em que propôs a convocação de uma Assembleia Constituinte para elaboração de uma nova Constituição; fazendo com que, finalmente, o Brasil se despedisse do dissabor que foi beber no cálice o vinho tinto de sangue e voltasse a sentir a graça da Democracia, afastando-se de vez do cale-se.

3 A CONQUISTA DEMOCRÁTICA

“Amanhã vai ser outro dia.”

(Chico Buarque de Holanda)

“Após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia”⁶, proferiu Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Constituinte instaurada em 1987, que teve como intento a elaboração de uma nova Carta Magna que concederia novos tempos de esperança ao País.

Em atendimento à súplica popular, que teve seu marco inicial, por assim dizer, com o movimento “Diretas Já” (1983-1984), a Constituição Cidadã, como ficou

⁶ GUIMARAES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.** 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf/view>. Acesso em: 13 ago 2019.

afamada, trouxe em seu seio, somente em 1988, o reestabelecimento dos Princípios Fundamentais que adiante regeriam a República Federativa do Brasil.

Dentre as conquistas alcançadas, destaca-se o sistema presidencialista de governo – elegendo o chefe do Executivo pelo voto direto – exercido 29 anos após a ascensão militar, que marcou impiedosamente a história do Brasil, mas outros direitos também trouxeram o marco da transição substancial entre as eras. A ampla garantia dos Direitos Fundamentais subjetivos, o fortalecimento do Poder Judiciário, o internacionalismo estatal, o nacionalismo econômico, o assistencialismo social com ampliação dos direitos dos trabalhadores, bem como as Cláusulas Pétreas, também ganharam ampla notoriedade na esperança consolidada nos artigos trazidos pela nova Constituição Federal.

Logo no artigo 1º fica evidenciado o caráter Neoconstitucional⁷ adotado em sua criação, que cuidou em positivizar os fundamentos da república, tendo no inciso III o Princípio da Dignidade Humana. De certo que a característica Neoconstitucionalista teve como intenção estabelecer o caráter vinculativo jurídico-positivista, assegurando o exercício e viabilizando a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais e Garantias Individuais; estimulando a ideia de segurança jurídica; “constitucionalizando” as demais Leis, a partir de então hierarquicamente inferiores; e promovendo, por fim, uma releitura do corpo jurídico com base no pilar norteador, a Constituição.

De natureza variada, percebeu-se que o art. 5º é o principal condutor dos Direitos inerentemente Humanos. Chamados Direitos de 1ª e 2ª geração, os incisos previstos neste artigo propuseram aos indivíduos os Direitos individuais com caráter negativo – por exigirem a abstenção do Estado, como o Direito à liberdade, à propriedade, liberdade de expressão – e, simultaneamente, previram regras em que o Estado deve promover o ideal de vida digna para toda sociedade, sem distinção, basilado nos valores da igualdade.

O prestígio da Democracia concebeu ao povo brasileiro o Direito da ampla participação na vida social, fazendo com que a atuação dos cidadãos se fizesse presente e possibilitando uma real cooperação política, fundada no interesse público. Uma das principais personificações da conquista Democrática brasileira manifesta-se com a

⁷ “O Neoconstitucionalismo visa refundar o direito constitucional com base em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, objetivando a transformação de um Estado legal em Estado Constitucional.”

BRABILLA, Leandro Vilela, 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1764534/o-que-se-entende-por-neoconstitucionalismo-leandro-vilela-brabilla>. Acesso em: 13 ago 2019.

faculdade garantida a cada um em Expressar Livremente as suas opiniões, sem as mordças da censura e retaliações advindas dos poderes legislativo e executivo, bem como de seus semelhantes.

Como o objeto principal do presente artigo é a Liberdade de Expressão, na previsão Constitucional leciona-se que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; e que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e dispensa” (BRASIL, 1988). Dado o importante passo, nota-se que, a partir de então, a Carta Cidadã escudaa autonomia dos debates e pensamentos – livres em suas opiniões; e busca, principalmente, efetivar-se na essência Democrática que persegue a igualdade, se apresentando como um País Livre e Plural.

Segundo Branco (2013) as liberdades são firmadas partindo da perspectiva do indivíduo, enquanto ser, que busca a autorrealização; e conclui, em mesmo raciocínio, que a Liberdade de Expressão, “é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais” (BRANCO; MENDES, 2013, p. 263).

É correto afirmar que este é um Direito que materializa uma das maiores conquistas da história do país. Desoprimiu em gigantesca escala as vozes que por anos a fio permaneceram mudas diante das atrocidades assistidas e contadas por parte do poder Estatal à época da consolidação do autoritarismo, instaurado pelo golpe militar; e que, após, concedeu a permissibilidade da não censura de opiniões.

Entretanto, diante do vigente arcabouço jurídico, uma grande questão se perfez ao longo da evolução da sociedade brasileira. Decorre dessas garantias a falsa convicção de um direito categórico e incondicionado, uma vez que a noção de Liberdade carrega, em seu âmago, a ideia do “ilimitado”. Assim, o Direito de poder Expressar Livremente as opiniões foi vulgarmente adotado como “premissa absoluta” que invadiu o senso comum, e que, por consequência, extrapolou os limites da autocriticidade. Tal fato se tornou tangível, por assim dizer, com o surgimento da internet, que tanto trouxe benefícios e praticidades para a vida real, como, em decorrência do advento da virtualização das relações, estreitou os caminhos antes lentos e distantes entre pessoas e opiniões.

A leitura das garantias fundamentais nos tempos modernos, ganhou nova interpretação. O exame do Repertório Jurídico Pátrio, hodiernamente, visa atender às próprias conveniências e, ofuscando o Espírito Democrático, revelou ser um

totalitarismo optativo de ideias particulares, que banalizaram o mal⁸.

4 A INTERNET: CONTEXTUALIZAÇÃO

“O homem cria a ferramenta. A ferramenta recria o homem.”

(Marshall McLuhan)

“A sociedade está evoluindo para uma grande comunidade global por meio de um sistema nervoso eletrônico”, futurou (McLUHAN, 1964), educador, filósofo e teórico da comunicação canadense, no início do século XX. Trinta anos depois, com a criação do ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network), a “internetworking”, termo primeiramente utilizado, tinha como intento precípua a interligação de computadores em rede privada para fins militares. Na década de 60, os Estados Unidos dispuseram da modernização das táticas de guerra, ficando patenteados pela história como o primeiro País a servir-se de tal privilégio.

A partir de então, nasce e cresce a ânsia tecnológica, com o fito de desenvolver uma rede que pudesse alcançar e intercomunicar a comunidade em grande escala. Em 1974, com terminologia adotada, a “Internet” ganhava projetos da comunidade científica, que dava largos e apressados passos rumo ao progresso tecnológico e à universalização da rede, fazendo com que, na década seguinte, Tim Berners-Lee anunciasse a remodelação da comunicação, criando a “World Wide Web”⁹.

Foi na década de 90 que o mundo começou a ganhar um novo movimento. Em abril de 1993, a internet recebe novo formato e passa a ser livre e pública, concebendo a possibilidade de acesso a todos e globalizando de vez a ferramenta que, desde o seu nascimento, prometia revolucionar a história.

O consumo de informação ganhava nova roupagem e cada vez mais expandia-se na sua nova forma de ser. A interação entre os indivíduos transvestiu-se com um novo caráter, já que o invento tinha, como gênese, a intenção de alcançar e, de certa forma, unir o maior número de pessoas através de apenas um clique.

O ideal “cyber” se concretizou. As distâncias e fronteiras foram abreviadas, fazendo com o que o mundo inteiro aderisse a uma espécie de virtualização das relações. A praticidade invadiu o mundo o real, onde as formas de convívio pessoais e

⁸ Decorre do conceito da Teórica Política Hannah Arendt, A Banalidade do Mal. Desenvolvido em seu Livro Eichmann Em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal. 14. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁹ Posteriormente abreviado para “WWW”.

profissionais adotaram a nova proposta de interação social.

O avanço tecnológico é inerente ao século XXI. A instantaneidade seduziu o mundo, o que, devido ao “boom da internet”, viabilizou a possibilidade da participação ativa da sociedade na rede, propondo, a partir de então, espaços de atuação por meio de fóruns e comunidades online.

A criação das redes sociais, no começo do século atual, oportunizou a comunicação e socialização de toda gente, que, por consequência, eclodiu numa variabilidade de propósitos na utilização da rede. O surgimento de novos espaços sociais cibernéticos ganhou uma adesão expressiva, senão massiva, fazendo com que a internet, cada vez mais, estivesse em todos os lugares, a qualquer tempo e ao alcance de todos.

Em meados de 2004, o Orkut teve ampla repercussão e aderência no Brasil, e após a sua desativação, fora rapidamente substituído pela criação de Mark Zuckerberg, o Facebook, tendo hoje cerca de 2,3 bilhões de usuários, sendo a primeira maior rede social do planeta. Já o Twitter, criado em 2006, conta com mais de 326 milhões de usuários; e o Instagram, objeto da criação do norte-americano Kevin Systrom e do brasileiro Mike Krieger, em 2010, atualmente conta com mais de 1 bilhão de usuários¹⁰.

À afirmação não cabe equívoco: existem mais de 3,9 bilhões de usuários da rede; o que significa dizer que mais da metade da população do mundo utiliza essa ferramenta para inesgotáveis fins.

4.1 Liberdade ou Abuso?

O fascínio à virtualização das relações se deu pela extensa liberdade oferecida, em seu sentido mais amplo. Ter o poder de dizer, mostrar, opinar, a qualquer tempo, atingindo o número incontável de destinatários, foge o compreender da responsabilidade de influência que hoje a todos foi concebida.

A privacidade e segurança foram lançadas à sorte, vez que para fazer parte da grande cadeia cibernética necessita-se, em essencial, da disponibilização dos dados pessoais para o efetivo cadastramento em todo e qualquer espécie de acesso. Bauman afirma que segurança e liberdade são dois valores tremendamente difíceis de se conciliar quando se está conectado; que, se desejar mais segurança, terá de abrir mão de

¹⁰ L. Andrei. **A história da internet**. Disponível em: <https://www.weblink.com.br/blog/historia-da-internet/>. Acesso em: 5 set 2019

certa quantidade de liberdade, e se desejar mais liberdade, terá que, obviamente, abrir mão da segurança¹¹ (BAUMAN, 2016 apud FÁBIO, 2017). Não importa o tempo, o formato da sociedade, tampouco o alcance da evolução, aparentemente a humanidade está fadada a trazer consigo um problema insanável: é que a desmedida liberdade seduz o excesso, que, por consequência, resulta no abuso. O ideal de viver em comunhão universal foi deturpado, senão usurpado, pelo desejo da fala desmedida e pela necessidade do compartilhamento maciço do discurso imperioso, que tem como principal alvo o outro.

No Brasil, desde o surgimento das redes sociais, e com o passar dos anos, o aumento de usuários foi cada vez mais crescente. A popularidade e a praticidade oferecida ganharam uma massiva aderência ao novo “modos vivendi” que a sociedade adotara.

Segundo o levantamento feito pelo IBGE, em 2017 e divulgado em 2018, no tenro intervalo de um ano, o número de adeptos às ferramentas disponíveis pela web cresceu em aproximadamente 10 milhões entre todas as idades, sendo uma das principais atividades na web, além da ampliação das relações consumeristas, o envio e troca de mensagens pelos aplicativos de interação.

A nova configuração da sociedade, a “cyber sociedade”, então, ganha fama, forma, força e autonomia. A praticidade que essa ferramenta, que tem poder de alcançar milhões com informações de forma instantânea ofereceu, levou ao desenfreado uso e às mais diversas, e elevadas proporções.

Para além da interação, às redes sociais foram dadas as mais variadas finalidades e devido ao vultoso número de conteúdo disponível, e a facilidade de exposição do pensamento, alguns limites foram excedidos com facilidade.

Uma nova roupagem de terrorismo surge: o terrorismo virtual – que ultrapassa o tênue limite da tela e atinge a vida real. Bauman, em seu conceito de “Medo Líquido”, ainda sobre a liquidez das relações na contemporaneidade, escreveu que o medo é fluido, que não fica no mesmo lugar, que é difuso; e que o problema do medo líquido na internet é que, ao contrário do concreto e específico o qual a sociedade está acostumada a viver,

¹¹ FÁBIO, André Cabette. **4 reflexões de Zygmunt Bauman, das redes sociais ao ‘medo líquido’**. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/01/09/4-reflex%C3%B5es-de-Zygmunt-Bauman-das-redes-sociais-ao-%E2%80%98medo-%E2%80%9ADquido%E2%80%9999>. Acesso em: 15 set2019.

é que não se sabe de onde virá o perigo¹² (BAUMAN, 2016 apud FÁBIO, 2017).

Do ideal de uma sociedade una, as redes sociais passaram a ser o principal meio de exposição das íntimas opiniões, onde, gradualmente, revelaram-se como uma das armas mais audazes que disparam a agressividade disfarçada e que atingem diretamente, em certa pontaria, a vida e a honra daqueles que sofrem insultos. Pondo em risco não somente a honra e integridade psicológica destes, mas também a física.

Devido aos números assombrosos e incontáveis dos que estão ligados a internet, e, em igual, das informações que a cada segundo são alimentadas e jogadas à rede, os usuários se afastaram do dever pela busca da verossímil verdade. As informações são chegadas com ligeireza, atingindo um largo número de espectadores que, consecutivamente, passam a ser, de modo idêntico, autores da mesma notícia, tendo em vista compartilharem e impulsionarem para que se atinja o mesmo intento primário.

Como prova disso, em 2014, uma notícia circulou na rede Facebook: se tratava de um retrato falado com o rosto de uma mulher, e, como texto de legenda que compunha o convidativo compartilhamento, elucidava se tratar de uma pessoa que raptava crianças no Estado de São Paulo, além disso, dizia que as crianças eram mortas em rituais religiosos.

Devido ao gigantesco número de compartilhamentos – de uma notícia que não ultrapassava quatro linhas de dissertação – em maio de 2014, no Bairro de Morrinhos IV, periferia do Guarujá, litoral do mesmo Estado, Fabiane Maria de Jesus, de 33 anos de idade, casada, dona de casa, mãe de duas crianças, foi comparada ao retrato compartilhado e vítima do repulsivo e mais alto grau de crueldade já noticiada pelos meios de comunicação.

Maria de Jesus, como era comumente conhecida, foi arrastada por moradores da mesma comunidade, que a confundiram e acreditaram fielmente que ela era a mesma pessoa do retrato falado feito dois anos anteriores à publicação. Espancada por cerca de 2 horas, por dezenas de pessoas, na frente de toda a sua família e de câmeras de celulares, que registraram o ato, ela acabou sendo resgatada, mas morreu dois dias depois. Posteriormente, a polícia chegou a noticiar não existir nenhuma denúncia de sequestro de crianças na cidade do Guarujá, onde, só após a pena de morte, a vítima do linchamento real foi declarada inocente e vítima de um falso boato (Fake News).

¹² FÁBIO, André Cabette. **4 reflexões de Zygmunt Bauman, das redes sociais ao ‘medo líquido’**. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/01/09/4-reflex%C3%B5es-de-Zygmunt-Bauman-das-redes-sociais-ao-%E2%80%98medo-%E2%80%9ADquido%E2%80%99>. Acesso em: 15 set. 2019

As autoridades, diante da tragédia que atingira a vida real, encontraram dificuldades para identificar os transgressores. Questões foram levantadas quanto à autoria do crime, mesmo diante das provas e gravações havidas no momento do linchamento. A busca pela responsabilidade do criador da falsa notícia (terrorismo virtual) foi mitigada, senão esquecida, sob o argumento de não haver previsão legal para tanto. Entretanto, cinco pessoas foram presas e condenadas pelo linchamento (terrorismo real) à pena máxima prevista para o delito de homicídio.

Abusos, ameaças, invasões à privacidade, falsas notícias, golpes financeiros, influenciamento político – as ações na internet tinham revelado a sua verdadeira face e posto a mesa o seu poder. Sendo, hodiernamente, a vida real uma mera extensão do mundo virtual e estando diante da nova conjectura social, e de incidentes, que se tornaram cada vez mais habituais, o Direito brasileiro se viu carente de previsão que regulasse o desafio de atuação em terras digitais.

5 “BILL OF RIGHT” DA INTERNET NO BRASIL

Diante do novo fato social e do desmedido uso dos meios de comunicação na internet, ante a ausência da reflexão entre o certo e o errado, o bem e o mal, pautados numa Lei geral do dever ser que persegue o bem comum, necessitou-se de uma legislação que instrísse os acessos.

5.1 *Ubi societas, ibi jus*

Em 30 de março de 2011, na Suécia, durante uma reunião das Organizações das Nações Unidas, de iniciativa da instituição brasileira FGV DIREITO RIO, por intermédio do “Internet Rights and Principles Dynamic”¹³, foram declarados os dez Princípios e Direitos da Internet.

Pautados nos Direitos Humanos e na Justiça Social, os dez mandamentos contidos na referida cartilha têm como fundamento a garantia ao Livre Acesso, sem distinção de pessoas e conteúdo, que se sustenta na ideia de respeito à diversidade frente à globalização da rede. Para além, merece destaque as previsões aos Direitos à Vida, Liberdade e Segurança, que buscam garantir que no ambiente online tais

¹³ Documento que estabelece Princípios, Direitos e Deveres aos usuários da Internet.

prerrogativas não deverão ser desrespeitadas ou utilizadas para violar outros direitos, concluindo, por fim, que a aplicação do “bill of right¹⁴ digital” deverá ser ajustada aos princípios de abertura, participação inclusiva e de responsabilização.

Dado o primeiro passo para os Direitos e Deveres da nova forma de ser da sociedade, o Brasil avança rumo à regularização do uso da internet, embora a ideia tenha nascido muito antes a publicação do “bill of right digital”.

Em 2009, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do então governo vigente, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade também da FGV DIREITO RIO, partindo da concepção do Professor Ronaldo Lemos – defendida em seu artigo publicado em 2007 – criaram um ambiente virtual aberto às discussões, bem como audiências públicas, envoltas às opiniões e defesa de uma codificação que pudesse reger a utilização da Internet no País.

Ante os debates e a massiva participação dos cidadãos brasileiros no primeiro processo colaborativo para o nascimento de uma Lei que normatizasse a nova realidade social no campo digital, a então Presidente Dilma Rousseff envia a câmara o Projeto de Lei nº 2.126/2011. Posteriormente, em 2013, após a notícia de que as inter-relações e as comunicações estariam no Brasil sendo alvo de espionagem feita pelos Estados Unidos, como fator motriz, as instituições brasileiras perceberam a necessidade da aprovação do texto do projeto da lei.

Declarada como Urgência Constitucional, em 11 de setembro de 2013, a então Presidente da República assina publicação divulgada no Diário Oficial da União, para que o Projeto de Lei em voga fosse apreciado pelo Legislativo, no prazo improrrogável de 45 dias. Tendo, devido à resistência legislativa, o texto sido aprovado e sancionado somente em 23 de março de 2014.

Por coincidência, no mesmo dia em que a Lei do Marco Civil da Internet fora sancionada, ganhando assim, vida Jurídica, acontecia no Brasil a Conferência NETmundial¹⁵. Durante o evento, que contou com a presença de Tim Berners-Lee, a autoridade declarou ser o Marco Civil um fantástico exemplo de como os governos poderiam desempenhar um papel importante na promoção dos direitos e deveres da

¹⁴ Adaptação do termo Declaração de Direitos de 1689 (Bill of Right of 1689) para referir-se aos 10 Princípios e Direitos da Internet.

¹⁵ NETmundial é o Encontro Multissetorial Global Sobre o Futuro da Governança da Internet, que aconteceu nos dias 23 e 24 de abril de 2014 em São Paulo; e que tem como foco a elaboração de princípios de governança da Internet e a proposta de um roteiro para a evolução futura desse ecossistema. Definição Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/NETmundial>. Acesso em: 18 nov 2019.

internet, mantendo-a aberta, e sugeriu que a Lei brasileira servisse de inspiração para outros países.

5.2 Positivção – O Marco Civil da Internet

A Lei nº 12.965/2014, sob o regulamento da Lei nº 13.709/2018, em seu artigo 1º já assenta Princípios, Garantias, Direitos e Deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para a atuação da Administração Pública Direta, composta pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, passando, portanto, a possibilitar a judicialização dos casos de abusos aos direitos, agora postos na lei, e fixando os deveres para os provedores e usuários no país.

Garante, ainda, com o Princípio da Neutralidade, a livre aderência e participação de todos na rede como significado do pleno exercício da cidadania, com o intento de enfatizar a configuração de um Estado Democrático de Direito; corroborando com as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal de 1988 a serem adotadas, a partir de então, nos campos digitais do Brasil.

Definidos os objetivos, os fundamentos, bem como os princípios reguladores que nortearão as atividades na internet do Brasil, baseados nas liberdades, na privacidade, no princípio da neutralidade e nas demais garantias Constitucionais, cuidou também a Lei em fixar previsão quanto à responsabilidade civil para os casos de possíveis danos e violações decorrentes do mau uso da rede, que causam ofensas à honra, à reputação ou a Direitos da Personalidade para com o outro.

O art. 5º, no seu inciso I, define a Internet como um sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para o uso público e irrestrito, com o fito de possibilitar a comunicação de dados entre terminais (computadores) por meio de diferentes redes (BRASIL, 2014). Nos demais incisos do artigo, a lei também se preocupou em indicar, mesmo que de forma genérica, as ferramentas que correspondem ao procedimento do acesso, tais como o terminal; o endereço de IP¹⁶; o administrador de sistema autônomo; a conexão à internet; o registro de conexão; as aplicações de internet e os registros do acesso. Assegurando, por fim, que para a interpretação desta lei, serão levados em conta, além dos princípios e objetivos previstos, “a sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico,

¹⁶ IP significa “Internet Protocol”, que fornece um número de identificação do dispositivo o qual está acessando a rede.

social e cultural” (BRASIL, 2014).

Além do mais, é de grande importância destacar que, devido ao caráter vanguardista que a internet carrega em seu âmago, no Capítulo III, o MCI, precisamente em seu art. 7º, tratou de fixar à matéria intitulada de “Direitos e Garantias dos Usuários”; onde, no *caput*, o artigo reafirma que o acesso à internet é fundamental ao exercício da cidadania.

Os incisos que tratam do art. 7º, ratificam o direito da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e do sigilo do fluxo das comunicações privadas ou não na internet, resguardando a competência do Poder Judiciário para requisitá-las em caso de judicialização de violação de direitos ocorridos nas redes, bem como de garantia da manutenção do acesso, salvo por débito diretamente decorrente da sua utilização. É com clareza que, a todo modo, a MCI¹⁷ tem como principal propósito resguardar o livre acesso sob o enlace das prerrogativas Constitucionais, fazendo da internet no Brasil uma “*res publica*”¹⁸, por óbvio regulada pelo Estado. Para tanto, no artigo 8º ratifica Preceitos Fundamentais já lecionados pela Constituição, cujo o texto alude que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet” (BRASIL, 2014); soando como uma quase reprodução da redação trazida na Lei

Maior.

Com a preocupação em regulamentar o funcionamento dos portais brasileiros, e, principalmente, os estrangeiros atuantes no País, os artigos que dispõem sobre a Responsabilização Civil por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros, estão revelados na Seção III do MCI.

Cuidam estes dispositivos em definir os tipos de dano produzidos por terceiros, os quais possam vir a atingir o usufrutuário da rede e particularizar a responsabilidade de cada agente participante do cenário “cyber”, desde o provedor da rede utilizada àquele que produziu o material que ultrajou à honra, privacidade ou reputação e todos os direitos da personalidade, que perseguem a condição de pessoa humana, da então vítima, com o intuito de tornar o ambiente virtual um lugar seguro e igualitário para todos os internautas.

Nas demais disposições, não menos importantes, mas que fogem do objeto da presente pesquisa, a lei trata da Provisão de Conexão e de Aplicações de Internet,

¹⁷ Abreviação usada para se referir a Lei do Marco Civil da Internet.

¹⁸ Expressão em latina que significa “coisa pública”.

fragmentados em subseções que versam sobre matérias específicas do ramo da informática. Ademais, o diploma legal discorre acerca das atribuições do Poder Judiciário, balizando a sua atuação e competência, bem como da atuação do Poder Público no campo digital.

Apesar disso, O Marco Civil da Internet não fugiu das críticas do mundo jurídico, tampouco daqueles que compõem o polo dos que promovem os portais. Ocorre que, apesar de ter sido um grande passo dado pelo Ordenamento Jurídico Pátrio e ter ganhado a notoriedade de todo o mundo por isto, alguns dos 32 artigos trazidos pela lei são normas de eficácia limitada¹⁹, portanto, sem aplicabilidade direta e imediata.

Alguns defendem que a Lei deixou a desejar, devido à vacância tida em uns dos seus artigos, perdendo a oportunidade de fixar pontos, a fim de não permitir a possibilidade de que dúvidas ou interpretações diversas daquelas previstas surgissem. Já outros, em sua grande maioria, reiteram ter sido o Marco Civil da Internet um avanço no mundo Jurídico do Brasil, tendo em vista serem as relações na Internet uma realidade nova para o mundo e que o Direito brasileiro se empenhou para acompanhá-las, corroborando, por fim, com a máxima *“ubi societas, ibi jus”*²⁰.

5.3 Judicialização ou Censura?

Grande discussão se fez em torno do Direito, agora concebido, de judicialização dos conteúdos gerados, nas redes que estivessem em desconformidade com Direitos Fundamentais da Personalidade.

Acontece que, devido à fixação da possibilidade da remoção forçada e rápida do conteúdo produzido, mediante Decisão Judicial, alguns entenderam estar novamente diante da ideia de censura, aos moldes da época da ditadura militar de 1964 no Brasil, tendo em vista ser essa uma das reprimendas utilizadas do período.

Entretanto, a Lei do Marco Civil da Internet, na seção que estabelece a responsabilidade civil para todos os atores envolvidos, em decorrência do conteúdo ilegal gerado, com a devida cautela e inteligência, ocupou-se em afirmar o respeito à Liberdade de Expressão e demais Garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal,

¹⁹ São normas que dependem de Lei posterior para regulamentá-las; podendo no Brasil, ser através de Lei Complementar ou Lei Ordinária. Conceito criado pelo Professor José Afonso da Silva, no livro “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, 3. ed., 1998.

²⁰ Na tradução livre significa “onde está a sociedade, aí está o direito”.

como forma de extirpar, a todo modo, a censura e demais privações estranhas ao Estado Democrático de Direito.

A possibilidade de Judicialização, regida em seção específica através da referida Lei positivada, tem como escopo garantir a possibilidade de punição frente aos excessos e abusos cometidos no âmbito digital (dirimindo a ideia de autonomia que a rede passa, visto à sua grande expansão) e educar com base nos princípios assegurados a todo e qualquer indivíduo, demonstrando que nenhum direito é absoluto frente a outro direito.

No entanto, importa trazer a luz que a oportunidade de judicializar uma ação, para casos de afronta aos Direitos da Personalidade sofridos na internet, já tivera sido positivada antes mesmo da promulgação da Lei do Marco Civil. A Lei 12.736, sancionada em 30 de setembro de 2012, acarretou em algumas alterações no Código Penal Pátrio, tipificando os intitulados delitos ou crimes informáticos.

Mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann, a Lei 12.736/2012, que tramitou em regime de urgência, em tempo recorde, no Congresso Nacional e que entrou em vigor no dia 2 de abril de 2013, ganhou forma e validade jurídica após a situação vexatória que a atriz Carolina Dieckmann viveu. Onde suas fotos e conversas íntimas foram divulgadas na rede, devido à sorradeira invasão de um “hacker”²¹ em seu computador e posteriormente publicadas sem a sua autorização.

Diante do ataque ao Direito de Intimidade e tendo a honra da atriz sido vítima da hostilidade, quatro dispositivos foram acrescentados à Lei Penal brasileira, prevendo, aos agora definidos Crimes Cibernéticos, penas de prisão e multa àqueles que violam os Direitos de Personalidade previstos na Constituição em meio virtual.

Recentemente, em uma outra situação similar relativa ao ferimento aos Direitos da Pessoa, em 3 de abril de 2018, fora sancionada a Lei nº 13.642, que altera a Lei 10.446/02. A intitulada Lei Lola de 2018, faculta à Polícia Federal a competência para investigar os crimes cibernéticos que degradam às mulheres por estas se enquadrarem à simples condição de serem mulheres.

A Lei Lola fez com que fosse inserido o inciso VII no art. 1º da Lei 10.446/02, que prevê que, quando houver repercussão nacional e internacional, o Departamento de Polícia Federal, sem prejuízo de responsabilidade de outros órgãos de segurança pública arrolados na Constituição, terá a competência para investigar “quaisquer crimes

²¹ Na informática, o termo se refere a um indivíduo que se dedica, com intensidade comum, a modificar os aspectos mais internos de dispositivos, programas e redes de computadores. Conceito Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Hacker>. Acesso em: 18 nov 2019.

praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres” (BRASIL, 2018).

A necessidade de que fosse criada uma Lei que reforçasse e obrigasse as instituições inquisitivas a investigarem os abusos cometidos no âmbito digital, derivou da violência virtual que a Professora Doutora da Universidade Federal do Ceará e Blogueira, Lola Arovnich, sofreu.

As ameaças começaram em 2008, quando Lola lançou na “web” seu blog “Escreva Lola Escreva”. Declaradamente feminista, o blog, de cunho político, tinha e ainda tem como principal objetivo trazer as questões, senão problemas sociais que envolvem as mulheres e mostrar os direitos que lhes servem. O blog, para quem o acompanha, é visto como um meio de combate ao machismo e às opressões em voga contra as minorias.

Comentários degradantes, ameaças – de estupro, de morte; perseguições, injúrias, calúnias e difamações foram apenas um curto passo para que não só a sua integridade física, mas também a daqueles que a rodeavam, estivesse comprometida. Confirmando, assim, que o terrorismo virtual não é inofensivo, mas sim uma premissa ou promessa do terrorismo real.

De 2012 a 2017, foram registrados 11 Boletins de Ocorrência, que para a sua frustração, não prosperaram. Contudo, em 2017, a partir da reunião de todos os boletins registrados, inclusive por saber a autoria de alguns dos criminosos, ela conseguiu, junto ao Ministério Público, que fosse instaurado um Inquérito Policial, contando com mais de 5 horas de depoimento, da agressão que a própria teve que experimentar.

Relevante destacar que alguns dos autores dos horrores vividos por Lola eram reconhecidos na “deep web” entre os seus. A exemplo de Marcelo Valle Silveira Mello, que era um dos ídolos venerados nos fóruns virtuais que buscavam propagar conteúdos misóginos, racistas, dentre outros ataques às minorias – os chamados “Chans”²² – que foi o primeiro condenado no Brasil por crimes de ódio, especificamente por racismo, na internet. Já André Gil Garcia, conhecido na rede como “Kyo”, era moderador de um desses fóruns virtuais, que não chegou a ser condenado, pois cometeu suicídio, após atirar em uma mulher desconhecida pelas costas.

Diante de todos os terrores que caminharam e ainda caminham ao lado não só

²² Derivado da palavra “Channel”, ou “Canal”, em português, “Chans” são fóruns virtuais criados para determinados propósitos, e em sua maioria, para o reverenciamento do nazismo e propagação do terrível discurso de ódio nas redes.

de Lola, mas de tantas outras mulheres vítimas de misoginia na internet, a deputada Federal do Ceará, Luizianne Lins, redigiu a Lei Lola para que fosse garantida às vítimas desse tipo de abuso, a proteção dos seus direitos e integridade enquanto Mulher e Pessoa Humana.

Sem equívocos, tomando como base os fatos rotineiramente vistos e vividos nos portais digitais, vale afirmar que a aderência massiva às redes, conjugado com o Direito à Liberdade de Expressão, levaram os internautas ao caminho notadamente dissemelhante àquela proposta primária da internet, que diz respeito à possibilidade de participação e interação entre os conectados pela rede mundial de computadores. À vista disso, mais uma vez levantando a máxima de que o Direito nasce dos anseios da sociedade, a possibilidade de judicialização dos atos que ferem os preceitos fundamentais, vale não para mitigar as garantias estabelecidas, mas sim para frear os excessos cometidos, sob o argumento de ser “seu” esse direito.

Condensando as ideias aqui tratadas, a proposição de uma ação no Poder Judiciário para tutelar os Direitos de Personalidade, quando lesados através do excesso cometido e agasalhado pelo Direito à Liberdade de Expressão, é uma forma de manter a harmonia entre os Dispositivos Fundamentais trazidos na Carta Constitucional.

Por fim, a aversão positivada ante as manifestações de ódio na internet é uma garantia ao pleno e equilibrado exercício da Liberdade de Expressão, tendo em vista nenhum direito carregar consigo o caráter de ser absoluto.

5.4 Liberdade de Expressão e Discursos de Ódio

A Convenção Americana de Direitos Humanos, comumente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é um tratado firmado entre os Estados integrantes da Organização de Estados Americanos, que foi criada em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor no dia 18 de julho de 1978.

A cartilha tem como objetivo estabelecer os tidos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana em nível universal. Com o Decreto nº 678 de 6 novembro de 1992, o Brasil passa a ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, significando dizer que os artigos que dizem respeito às questões de Direitos Humanos havidas no Tratado, seriam recebidos e entrariam em vigor de imediato no Brasil, com status de normas constitucionais.

Sendo assim, fixa a CADH²³, em seu artigo 13 – que trata da Liberdade de Pensamento e de Expressão – que “a toda pessoa será assegurada o direito à liberdade de pensamento e de expressão, em toda sua natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito” (COSTA RICA, 1978).

Ainda, no mesmo artigo, defende não poder este direito estar sujeito à prévia censura e que o respeito aos diretos ou à reputação das demais pessoas deverão ser preservados. Já o conceito estabelecido no texto Constitucional Pátrio, afirma ser “livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato” (BRASIL, 1988). O conceito de Liberdade de Expressão, no entanto, é genérico, senão vasto, uma vez que a “manifestação do pensamento” tem como sinônimo, ou consequência, a opinião.

A livre opinião, como interpretação extensiva da lei, abriu a possibilidade para que o indivíduo expusesse seu pensamento sobre toda e qualquer temática. Todavia, frente à pluralidade, um dos marcos principais do Brasil, esse Direito de exposição da opinião acabou por produzir divergências.

Conforme já explicitado nos capítulos anteriores, com a “cyber” revolução, através das redes sociais e devido ao número crescente de participantes, o poder da palavra e da publicização da opinião foi concedido a todo aquele que está conectado, sendo essa quase uma razão de ser das redes sociais.

Todavia, devido a autonomia dada aos participantes das redes, assegurada a estes à Liberdade de Expressão – antes mesmo de ser instituído o exercício desta na internet – as aludidas pretensões caminharam por via diversa, alcançando, assim, o abuso desse direito, representado pelos discursos de ódio disfarçados de “ponto de vista” versus às diferenças que a Democracia legítima e às posições dessemelhantes daqueles que disseminam esse tipo de discurso.

5.5 “É que a desmedida liberdade seduz o excesso, que por consequência resulta no abuso.”

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEHD define, de forma genérica, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o discurso de ódio como qualquer expressão que espalha, incita, promove ou justifica ódio racial, xenofobia,

²³ Abreviação para o termo Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecido como Pacto de San José da Costa Rica.

antissemitismo ou qualquer outra forma de intolerância, incluindo a intolerância causada pelo nacionalismo agressivo e etnocentrismo ou pela discriminação e hostilidade contra as minorias, os migrantes e as pessoas de origem estrangeira.

Em similar pensamento, agora adequando a definição à situação específica, a doutrina brasileira mostrou preocupação diante do atual cenário vivenciado nas redes sociais e em inteligente definição, Rosane Leal da Silva pontua sobre o tema que os discursos de ódio se caracterizam por incitar a discriminação contra pessoas que partilham de uma característica comum, como a cor da pele, o gênero, a opção sexual, a nacionalidade, a religião, entre outras particularidades; e que a escolha do conteúdo a ser atingido por esses discursos possui amplo alcance, pois não se limitam a atingir somente os preceitos fundamentais de indivíduos, mas de todo um grupo, porque, depois do surgimento da internet e pelo poder difusor que tem, o alcance agora está potencializado, principalmente nas redes de relacionamento (SILVA, et al.,2011).

Ainda, com delicada clareza, aduz que os discursos de ódio compõe-se de dois princípios básicos: a discriminação e a externalidade. Defende a autora que a manifestação segregacionista existe quando passa a ser do conhecimento de outrem e não somente do próprio autor. Afirma que para que haja a existência do discurso, de fato, é necessário a externalização do pensamento, pois toda expressão discursiva exige a transposição de ideias do plano mental para o plano fático e conclui que as manifestações não externadas são meros pensamentos e emoções, pois o ódio sem o discurso é ineficaz, não carecendo, portanto, da intervenção jurídica para o caso, pois a todos é garantido o livre o pensar (SILVA, et al., 2011). O que se corrobora com as palavras do cantor brasileiro Caetano Veloso, ditas em 2019, quando em uma audiência pública presidida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal finaliza declamando que “o maior valor da liberdade da expressão é o público” (VELOSO, 2019).

As manifestações agasalhadas pelo Direito ao Livre Pensamento e pela Liberdade de se Expressar mostram, portanto, haver uma inclinação à hostilização da personalidade dos que discordam do senso comum dominante e que, frente ao cenário atual, aparecem de forma materializada.

Por fim, a banalização dos discursos de ódio reafirma que a escolha do afastamento da própria consciência e a conseqüente afronta à Lei, que prevê punições aos que violam as Garantias Fundamentais, diante da frequência empregada na cyber rotina, que tem imperado nos tempos modernos é senão o desprezo pelas normas vigentes, a

aversão à pluralidade e ao respeito para com o outro.

6 A BANALIDADE DO MAL

“Ah Rosa, mano-velho, invejo é o que você sabe: O diabo não há! Existe é o homem humano.”(Manuel Bandeira)

Hannah Arendt, alemã de origem judaica, nascida em 14 de outubro de 1906, é uma das mais influentes Teóricas Políticas do século XX. Presa pelo Regime Nazista durante a segunda guerra, pela ferrenha perseguição aos Judeus e pela privação dos direitos destes à época, Arendt então decide emigrar para França, em 1933.

Apátrida, pelo fato de o regime nazista ter-lhe tomado sua nacionalidade, consegue, somente em 1951, o reconhecimento da nacionalidade, agora, norte-americana, onde ganhou notável reconhecimento.

Professora universitária e jornalista, Hannah Arendt então passa a ser uma das mais consagradas filósofas, embora recusasse o título, da contemporaneidade, preferindo que suas obras fossem classificadas como um pensamento político.

Em um campo predominantemente masculino, Arendt falou ao mundo sobre política de modo cru, sutil, sofisticado e verdadeiro. Abordando temas como política, autoritarismo, antissemitismo, trabalho, educação, violência e feminismo.

A Teórica Política consolida seu grandiosismo em um vasto acervo de riquíssimas obras. Foi no livro “Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal – 1963” que Arendt desenvolveu uma das suas principais teses, a Banalidade do Mal.

Onde aborda a história de Adolf Eichmann, que foi o coronel-tenente do Terceiro *Reich* – SS da Alemanha Nazista e que é considerado um dos principais atores do holocausto. Eichmann, na qualidade de Chefe da Seção de Assuntos Judeus do Departamento de Segurança da SS, era qualificado para conduzir os vagões que levavam os Judeus para os campos de concentração, sendo essa notadamente a Solução Final. Após a derrota da Alemanha na Segunda Guerra, ele decide então fugir, passado um tempo apátrida e, em 1960, quando residindo na Argentina, foi capturado pelo Serviço Secreto de Israel e levado a julgamento na Casada Justiça, em Jerusalém.

Durante o seu julgamento, em que foi acusado e condenado pelos crimes de guerra e contra a humanidade, no ano de 1961, Hannah Arendt esteve presente como judia

e correspondente do jornal *The New Yorker*. Foi nesse momento em que, ao analisar não tão somente o julgamento, que se tornou um evento diante dos olhos do mundo, Arendt desenvolveu a sua mais inquietante tese: a Banalidade do Mal.

Explorando não só as circunstâncias que fundamentaram a razão de ser do julgamento, bem como a pessoa de Adolf Eichmann, a Teórica relata em sua obra que o comandante-tenente não era o que esperavam que ele fosse. Não se tratava de uma pessoa monstruosa, antissemita; de um radicalista. No banco dos réus estava sentado um homem mediocrementemente comum, burocrata e um mero cumpridor da Lei. Eichmann não possuía maus antecedentes, pelo contrário, foi um homem simplório, atencioso para com sua família, dedicado ao seu trabalho e um excelente executor das ordens que lhe eram dadas.

Entretanto, havia nessa normalidade exacerbada um problema sensível aos olhos do senso comum. Acontece que, na teoria de Hannah, Eichmann decidiu optar pela escusa à própria consciência enquanto humano e de maneira simplificada, conduzir os vagões com milhares de judeus rumo à própria morte por meramente serem judeus, sem nenhum questionamento ou enfrentamento de uma, sequer, mínima ponderação entre o certo e o errado.

Nas enfáticas afirmações onde dizia desconhecer a acusação que lhe perseguia pelos crimes contra à humanidade, Eichmann reiterava não ser o responsável pelas mortes havidas em decorrência da sua função, pois não passava de um mero funcionário que estava cumprindo com o seu papel e com as ordens que lhe eram chegadas.

Ante a autonegação de ter participado ativamente de uma das maiores catástrofes humanitárias que a história já contou e pela plena convicção de ser apenas mais um burocrata perante a grande organização que foi o Sistema Nazista, Hannah Arendt chega à conclusão de que Adolf Eichmann era a personificação da banalidade do mal, pois o fim da função como comandante dos vagões era a morte de pessoas que sequer sabiam ter sido condenadas. Tratado de maneira normalizada, a crueldade foi continuamente repetida, sob a justificativa da maldade não pertencer a “si”, mas sim a figura da maior autoridade do Sistema Vigente, sendo ele tão somente mais um mero cumpridor de ordens.

A Banalidade do Mal, é, portanto, a escolha consciente da perpetuação da maldade, para tanto, haverá uma renúncia à própria consciência e o conseqüente afastamento da valoração entre o bem e o mal, o certo e o errado; que, nas palavras de

Hannah Arendt, é uma temível lição que desafia pensamento e as palavras (ARENDR, 1963).

6.1 A materialização da Banalidade do Mal?

Tendo passado pela Alemanha Nazista comandada por Hitler, pelo Holocausto, pela prisão, perda da nacionalidade até o julgamento de Eichmann, em Jerusalém, Arendt, ao chegar no termo “banalidade do mal”, percorreu caminhos que a humanidade pensa ser impossível reviver. Com facilidade, imagina-se que, diante do genocídio, que teve como motivação o não atendimento dessas pessoas às características de um determinado grupo dominante, a banalização do mal seria um aspecto consequente do III *Reich* e a conclusão mais lógica a se chegar.

As motivações que impulsionaram o Nazismo à plena existência e, por conseguinte, ao poder, são de conhecimento comum. Em termo gerais, pode-se elencar alguns dos pontos cruciais que incentivaram a ascendência de Hitler ao poder que, de acordo com o pensamento de Eduardo Szklarz, começou desde o Tratado de Versalhes, em 1919, que fez com que a Alemanha perdesse parte de seu território, reservas de ferro, de carvão e todas suas colônias. Diante das perdas e do desequilíbrio político, os alemães, então, começaram a questionar a benevolência democrática; contribuindo, por fim, para que o Terceiro Reich propagasse ser o regime democrático desestabilizador, causando, assim, nos alemães, o sentimento de aversão a democracia (SZKLARZ, 2019).

A situação caótica que a Alemanha vivia internamente colaborou ativamente para que a figura de um nacionalista, de oratória encantadora, que promettesse, em nome de um ideal místico, a reestruturação e a ordem do País, ascendesse ao poder, ganhando a demasiada admiração e, posteriormente, a devoção massiva.

A retórica de Hitler foi determinante para que seus ideais fossem aceitos pela Alemanha. A qualidade messiânica que lhe fora atribuída, diante da crise que a Alemanha vivia, conjugada com as promessas de um nacionalista apaixonado pelo seu país e que faria de tudo para que Estado retomasse a ordem, a economia e o bem-estar-social, convenceu a população de que, indubitavelmente, o Nazismo era o governo da salvação. A todo custo valeria a volta do prestígio alemão, da prosperação econômica e da ordem política interna, o que acabou por envolver ou ludibriar os alemães, fazendo com que o povo não valorasse mais as posições ou imposições ideológicas que o Nazismo

estabeleceu em nome do bem geral.

A negação do pluralismo e a conseqüente segregação, principal símbolo da SS, ganhou apoio popular. A contribuição da sociedade para exterminação daqueles que, por Hitler, eram tidos como imorais e avessos a ascendência da Alemanha, convenceu irrefletidamente ao povo a delatar o principal alvo *Führer*. Judeus, comunistas, ciganos, homossexuais passaram a ser não só a mira do radicalismo de Hitler, mas agora os inimigos da nação. Com grande adesão, inclusive da parte intelectual alemã, o Sistema Nazista ficou então homogeneizado e conforme as palavras de Eduardo Szklarz, que conclui ter sido esta, no fim das contas, uma ditadura do consenso, e da notadamente normalização do mal (SZKLARZ, 2019).

Parafrazeando a célebre frase²⁴ do filósofo Karl Marx, Luis Fernando Veríssimo coloca que “aqui, a história não se repete como farsa, as farsas se repetem como história” (VERÍSSIMO, 2019).

Perante o exposto, à primeira vista pode-se chegar à conclusão de que o contexto atual não se difere do acima narrado. É possível afirmar, pontualmente, o começo dessa problemática ora abordada. O Pluralismo, a Liberdade de Expressão e todas as Conquistas Fundamentais dos Direitos inerentemente humanos que a Constituição de 1988 trouxe, não eram questionáveis, quando as relações sociais se bastavam a vida real. Antes da popularidade da internet – redes sociais – se alastrar no País, não era comum se deparar com opiniões tão severas que dizem respeitar a condição particular do outro. Havia, mesmo que mascaradamente, uma certa diligência em transmitir o que se era pensado.

No entanto, como o advento das redes sociais e com o reconhecimento do Estado-Brasil do espaço digital, a partir de 2014, como coisa pública, garantindo o livre acesso como exercício da cidadania, o poder dizer e fazer que a internet proporcionou pareceu, de forma desarrazoada, ultrapassar os limites das Leis e do bom senso.

No Brasil, o sentimento de insatisfação política é o rastro da sua história. Nas redes sociais, no entanto, essas insatisfações e os problemas que acompanham a sociedade ficaram cada vez mais latentes. Munindo-se do livre pensamento e do Direito de se expressar, diante da crise político-econômica que o Brasil ainda atravessa desde o Impeachment da Presidente Dilma Rousseff, em 2015, o clima de tensão geral ficou cada

²⁴ “A história se repete, a primeira vez como tragédia e a segunda como farsa”. MARX, K. Dezoito Brumário de Louis Bonaparte, 1852.

vez mais aquecido, revelando-se nos discursos nas redes.

O respeito à Pluralidade e todas as condições que perfazem o Estado enquanto democrático se perderam entre as linhas que agora dividiam o país. A rivalidade e o segregacionismo, hoje notórios na disputa da melhor ideologia apta a estar no poder e assim representar o País ou o próprio indivíduo, guiaram o povo rumo à uma guerra de ofensas, hostilidade e degradação das características pessoais de cada um. Sendo o terrorismo virtual uma promessa do terrorismo real, a multiculturalidade do Estado Democrático de Direito fica então ameaçada?

As redes difusoras proporcionaram a reverberação do mau dito. É por meio das redes sociais que aqueles que estão no poder do Estado têm também se comunicado com o seu povo, visto a grande aglutinação dos brasileiros na internet. O alcance é tanto que hoje a política está mais nas redes do que na vida tangível, pois, ao menos no Brasil, o meio de comunicação oficial adotado pelo atual Presidente da República e por boa parte dos parlamentares, é uma rede social. No Twitter, com mais precisão, a possibilidade de interação passa a ideia de que os anseios poderão finalmente ser ouvidos e atendidos, todavia, conforme o que se vê, ninguém está imune à sedução da Livre Opinião.

A ética parlamentar, ao que parece, se esvaiu, deixando-se levar para longe dos fundamentos que constituem sua própria razão de ser: a representação do povo. A responsabilidade de ser quem se é afogou-se no mar do próprio inconformismo para com a pluralidade, que, a cada postagem com evidência, reflete a abstenção da responsabilidade do poder de influenciamento – que existe por ser quem se é. Decorre disso a legitimação para a propagação do discurso, senão piorado por seus seguidores, gerando a sensação da normalização de tais manifestações.

O conceito da Banalidade do Mal, em si, pode ser traduzido pela proliferação da perversidade de forma mecânica e costumaz. Sendo assim, com a escolha do afastamento da própria consciência, a autorresponsabilidade é dirimida pela falsa ideia da não obrigatoriedade em respeitar o outro enquanto humano e detentor de direitos, como também as Leis assim o reconhecem; pois não há nele a responsabilidade, já que as manifestações se tornaram habituais tanto para aqueles que governam, como para aqueles que são governados.

Conforme trazido, a liberdade seduz o abuso e devido ao uso deliberado da internet, ninguém está isento da sedução à transgressão. As interações nas redes sociais, que hoje são uma realidade no País e no mundo, têm sido usadas de forma perversa e

deliberada com o intento de atingir, mesmo que indiretamente, o outro.

A Banalização do Mal se revela nas manifestações de intolerância às características gerais e intrínsecas de determinados grupos, não havendo personalidade, tampouco relação particular dos autores para com os ofendidos. Sendo disseminadas de maneira que levam os agentes a pensarem ser essa uma reação normal. A ideia de normalização das atitudes que discriminam, diminuem, humilham, e ameaçam viraram o padrão adotado para o exercício da Liberdade de Expressão nas redes sociais do Brasil, fazendo o terrorismo virtual de regra e o terrorismo real de consequência.

A banalização, exime, portanto, o medíocre, ausente da consciência de sua responsabilidade de contribuição para a propagação das manifestações que exprimem o ódio, a apatia, a pluralidade, o desrespeito e a intolerância para com o outro, que hoje se materializaram no âmbito digital.

A Liberdade de Expressão e os Direitos de Personalidade são direitos que devem caminhar juntos, provando que nenhum preceito é absoluto e que foram conquistados após o País provar o amargor da crueldade vivida nos tempos da ditadura. O descontentamento político que aflige o peito do brasileiro não deve ser, portanto, o fundamento para utilizar-se do Direito de se Expressar de forma ultrajante com aqueles que não correspondem o ideal de “ser” criado por quem dissemina. A pluralidade e o respeito a isso é que fazem também o Estado ser Democrático e de Direitos assegurados a todos, que jamais deverão ser esquecidos.

A razão da criação e desenvolvimento das redes é a unção. A facilidade na rotina da vida das pessoas advinda das ferramentas disponíveis com a possibilidade de interação entre os usuários, bem como a oportunidade em se expressar, são por si só, um rico presente que a tecnologia proporcionou. Sendo assim, a benesse que a Internet concede, não deve ser usada como arma letal que amedronta e fere os Direitos reconhecidamente Humanos.

Sites jornalísticos, fóruns de interação social, perfis pessoais, nenhum meio está imune. Qualquer espaço, utilizado por quem quer que seja, virou campo de batalha e o alvo é o dissemelhante. As Leis criadas no país para a regulamentação do espaço virtual, ainda encontram dificuldades na sua aplicação, pois o que deveria ser exceção, hoje é cotidiano, já que as manifestações foram normalizadas pela reiterada reação ao que é estranho, tornando-se, por fim, comum.

A Lei, como dever-ser, está para ser cumprida pelos que governam e pelos

governados. Os juízos de valor não devem estar acima das Leis Constitucionais que regem o Estado. Ferir Direitos que perseguem o ser humano enquanto sujeito detentor destes, não afronta somente o ordenamento jurídico, como também aos que optam pela entrega à autoconsciência e golpeia covardemente o desejo pela Democracia, e pela moral, enquanto Lei universal.

Diferente dos tempos passados, e pelo que se acredita, superados, a maldade hoje, encontra dificuldade em ser pontualmente personificada. Os discursos de ódio não têm mira, tampouco autor determinado. A lição não foi aprendida. A busca pelo bem parte de cada um, ao passo que, um só não é capaz de aniquilar milhões. A fuga da própria consciência dos que prosperam para a materialização da banalidade do mal – empregada ao atual cenário nas redes sociais no Brasil, necessita ser tocada pela percepção da própria responsabilidade de contribuição do fato de que o País está caminhando contrário à Democracia; afinal, é necessário o próprio enfrentamento e autopercepção, pois há, em cada indivíduo, um potencial Adolf Eichmann.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhecidamente, o direito à Liberdade em se Expressar é, trazido no artigo 5º da Constituição Federal, uma das maiores glórias conseguidas no País, após o Brasil, arduamente, alcançar a sua conquista Democrática. Depois dos 21 anos vividos de amargores, a custo de torturas, mordanças e mortes, os preceitos fundamentais foram estabelecidos na Carta Constitucional, em 1988, marcando, de vez, a superação de um tempo sombrio para uma era onde o Estado, finalmente, fosse regido pelo respeito e reconhecimento dos Direitos Humanos.

O Direito à Voz, tem em seu âmago o Direito de ser. Além disso, ele proporciona a participação ativa na vida política do Estado e concebe a possibilidade do indivíduo de se reafirmar enquanto indivíduo, Cidadão e Humano, dono de Direitos e Deveres, fundamentando, assim, o Estado Democrático de Direito.

No entanto, sendo a Constituição diretriz para todas as outras normas, tudo o que constitui seu corpo Jurídico tem a mesma hierarquia. O que significa dizer que nenhum Direito em previsão é absoluto frente a outro. A Liberdade de Expressão não está acima do dever ao respeito à Dignidade da Pessoa Humana, que é assegurado a toda e qualquer pessoa, assim, há uma limitação para o exercício do Direito de Dizer.

Com o advento da internet, o respeito para com o outro, sobretudo, parece ter sido esquecido por aqueles que se utilizam das redes para socializar. Com o passar do tempo, as redes sociais se mostraram, no Brasil em especial, uma ferramenta letal capaz de ferir os direitos que perseguem os indivíduos para onde quer que ele vá. A ideia de liberdade e do “poder dizer” que estão atreladas ao livre acesso, estabelecido pela Lei do Marco Civil como exercício da cidadania, foi gradualmente desvirtuada, fazendo despertar a intolerância diante da pluralidade brasileira.

As manifestações de ódio se tornaram habituais no âmbito digital. As redes sociais, pelo levantamento feito, reverberaram as vozes que propagam a maldade, onde, cada vez mais comum, o ódio tem feito parte do cotidiano virtual. Sem alvo específico, tampouco autor determinado, a nova maneira de exercer a Liberdade de Expressão ganhou massiva adesão e mecânica propagação.

A predileção dos agentes em abster-se da própria responsabilidade, enquanto peças fundamentais ou como principais percursos da continuidade do aviltamento para com o outro, sob o argumento ou proteção da Liberdade de Expressão, revelou não só serem esses sujeitos comuns apartados da própria consciência, como também materializaram-se, ao mesmo nível, como indivíduos medíocres que Banalizam o Mal. Faz-se, necessário, portanto, a reconhecimento de si enquanto Ser – Humano, que reconhece o outro à própria semelhança, respeitando não tão somente as Leis postas, mas também a essência do que é Ser Humano, dos Direitos que o perseguem, construindo uma democracia livre de qualquer amarra que se prende à intolerância e ao autoritarismo, afinal:

“...quem ocupa o trono tem culpa, quem oculta o crime também; quem duvida da vida tem culpa e quem evita a dúvida também tem – Somos quem podemos ser.”

(Humberto Gessinger, 1988).

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hanna. **Eichmann em Jerusalém: Um retrato sobre a banalidade do mal.** 14. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **Toffoli suspende decisão judicial que permitia apreensão de livros na Bienal do Rio.** 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/08/toffoli-suspende-decisao-judicial-que-permitia-apreensao-de-livros-na-bienal-do-rio.ghtml>>. Acesso em: 8 set. 2019.

BEZERRA, Juliana. **Diretas Já**. 2019. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/diretas-ja/>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Lei nº 13.642, de 3 de abril de 2018. Altera a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para acrescentar atribuição à Polícia Federal no que concerne à investigação de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que fundamentam conteúdo misógeno, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres.. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13642.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências.. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CALZA, Morgana. **Direito, Ditadura Militar e Constituição de 1988**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45529/direito-ditadura-militar-e-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 7 jul. 2019.

CARPANEZ, Juliana. **Veja o passo a passo da notícia falsa que acabou em tragédia em Guarujá**. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/09/veja-o-passo-a-passo-da-noticia-falsa-que-acabou-em-tragedia-em-guaruja.shtml>>. Acesso em: 12 out. 2019.

CITAÇÕES. IN. **Citações Marshall McLuhan Referência**: **https://citacoes.in/autores/marshall-mcluhan/**. 2019. Disponível em: <<https://citacoes.in/autores/marshall-mcluhan/>>. Acesso em: 8 jul. 2019.

CORTÊZ, Natacha. **Lola, a maior delatora de misoginia da internet, tem até leicome seu nome**. 2018. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/07/03/lola-a-maior-delatora-de-misoginia-da-internet-tem-ate-lei-com-seu-nome.htm>>. Acesso em: 30 out. 2019.

COSTA, Thabata Filizola. **A importância do Marco Civil da Internet: Lei nº 12.965/14**. 2015. Disponível em: <<https://thabatafc.jusbrasil.com.br/artigos/313088224/a-importancia-do-marco-civil-da-internet>>. Acesso em: 8 nov. 2019.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

EBC, Portal. **Entenda o Marco Civil da Internet ponto a ponto**. 2016. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2014/04/entenda-o-marco-civil-da-internet-ponto-a-ponto>>. Acesso em: 10 out. 2019.

EBC, Ana Elisa Santana - Portal. **Tim Berners-Lee: “Vamos fazer da internet um lugar livre”**. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2013/05/tim-berners-lee-vamos-fazer-da-internet-um-lugar-livre>>. Acesso em: 10 out. 2019.

FGV. **Conheça os "10 Princípios e Direitos da Internet"**. 2011. Disponível em: <<https://diretorio.fgv.br/noticia/conheca-os-10-principios-e-direitos-da-internet>>. Acesso em: 5 ago. 2019.

GUIMARAES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382**. 1988. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

L., Andrei. **A História da Internet**. 2019. Disponível em: <<https://www.weblink.com.br/blog/historia-da-internet/>>. Acesso em: 10 out. 2019.

FÁBIO, André Cabette. **4 reflexões de Zygmunt Bauman das redes sociais ao “medo líquido”**. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/01/09/4-reflex%C3%B5es-de-Zygmunt-Bauman-das-redes-sociais-ao-%E2%80%98medo-l%C3%ADquido%E2%80%99>>. Acesso em: 15 set. 2019.

LEMOS, Ronaldo. **Artigo: Internet brasileira precisa de marco regulatório civil**. 2007. Disponível em: <https://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>. Acesso em: 5 set 2019.

LFG. **Direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração**. 2017. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/direitos-fundamentais-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

MARX, Karl. **O 18 brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. **Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar**. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

SILVEIRA, Daniell. **Brasil ganha 10 milhões de internautas em 1 ano, aponta IBGE**. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/20/numero-de-internautas-cresce-em-cerca-de-10-milhoes-em-um-ano-no-brasil-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 4 jul. 2019.

SZKLARZ, Eduardo. **7 motivos que fizeram os alemães embarcarem na loucura de Hitler**. 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/7-motivos-que>>

fizeram-os-alemaes-embarcar-na-loucura-de-hitler/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

VERISSIMO, Luis Fernando. **Veríssimo: “Aqui, a história não se repete como farsa, as farsas se repetem como história”**. 2018. Disponível em:

<<https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/verissimo-aqui-a-historia-nao-se-repete-como-farsa-as-farsas-se-repetem-como-historia/>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

VILELA, Leandro. **O que se entende por neoconstitucionalismo?** 2009. Disponível em:

<<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1764534/o-que-se-entende-por-neoconstitucionalismo-leandro-vilela-brabilla>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

A MULTIPARENTALIDADE SOB O ENFOQUE DAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS E O CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHOS

Ana Clarisse Fonsêca dos Santos¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes ²

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre o instituto da multiparentalidade sob o viés da família ectogenética nos casos de reprodução assistida heteróloga sem anonimato do doador, e sua instrumentalização em face do contrato de geração de filhos, mediante o método de abordagem dedutivo, e como método de procedimento o histórico, tendo como objetivo analisar, a partir dos critérios de filiação e princípios constitucionais norteadores do Direito de Família, a possibilidade do terceiro doador pleitear o exercício paternidade concomitantemente ao casal que idealizou o projeto parental. Verificou-se que na prática, ser a reprodução assistida doméstica bastante utilizada nos dias de hoje, e que a materialização do acordo entre doador e receptores se dá através do contrato de geração de filhos, tendo o condão de formalizar o acordo estipulado entre as partes, seja pela participação do terceiro no exercício da parentalidade, ou ainda quando expressamente exclui-o, ocasião este irá reivindicar judicialmente a revisão daquele contrato. Diante disso, conclui-se pela possibilidade de alargamento do polo filiatório, com fins de incluir o doador do material genético, nas hipóteses em que este deseje expressamente exercer os direitos e deveres inerentes à paternidade.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Reprodução assistida heteróloga. Contrato de geração de filhos.

THE MULTIPARENTALITY UNDER THE FOCUS OF ECTOGENETIC FAMILY AND THE CHILD GENERATION CONTRACT

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: anaclarissef@outlook.com

² Especialista em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professora da graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com

ABSTRACT

The present research deals with the institute of multiparentality under the perspective of the ectogenetic family in the cases of heterologous assisted reproduction without anonymity of the donor, and its instrumentalization facing the contract of generation of children. Through the method of deductive approach, and using as a method of procedure the historical, it had as objective to analyze, from the criteria of membership and constitutional principles guiding the Family Law, the possibility of the third donor plead the exercise of paternity concomitantly to the couple who idealized the parental project. It has been found in practice that domestic assisted reproduction is a widely used method, and that the agreement between donor and recipients is given through the contract for the generation of children. It has the power to formalize the agreement stipulated between the parties, either by the third party's participation in the exercise of parenthood, or even when expressly excludes it, occasion it will judicially claim the revision of that contract. Therefore, it is possible to extend the children pole, in order to include the donor of the genetic material, in the hypotheses it explicitly desires to exercise the rights and duties inherent in paternity.

Keywords: Multiparentality. Heterologous assisted reproduction. Child generation contract.

1 INTRODUÇÃO

A revolução pela qual passou o Direito pós expansão dos direitos fundamentais com a Constituição de 88 e o advento do Código Civil de 2002, redimensionou vários institutos do direito privado, com ênfase no Direito de Família. O presente artigo pretende abordar a complexa relação da multiparentalidade sob o viés da família ectogenética, tendo como principal objetivo analisar como os novos modelos familiares tem se comportado em virtude do crescimento vertiginoso das técnicas de reprodução assistida, nos casos de reprodução assistida heteróloga sem anonimato do doador, e seus efeitos jurídicos a partir da instituição de um contrato de geração de filhos.

Por esta razão, o presente estudo revela-se essencial no deslinde da referida

questão, de forma a contextualizar a família ectogenética e o contrato de geração de filhos no âmbito jurídico, à luz do texto constitucional e da legislação infraconstitucional, visto que o tema proposto não é palco de profundos debates, levando-a à área jurídica e possibilitando a efetividade do aporte essencial do Direito de Família. Buscou-se pensar o tema de forma complexa, integrando diversos saberes, com o fim de refutar efeitos unidimensionais, redutores, mutiladores e ofuscantes de pensar a realidade de maneira simplista.

Para isso, utiliza-se o método científico dedutivo, em virtude de uma análise lógico descendente, partindo-se da premissa geral dos modelos familiares e seu processo de mutações até o seu desaguar na multiparentalidade, em convergência com uma premissa específica, qual seja, a multiparentalidade na família ectogenética, chegando a uma conclusão da dedução realizada. À vista disso, como método de procedimento, utilizou-se o histórico a fim de trazer o processo evolutivo do modelo familiar, bem como suas formas de composição, com o intuito de mostrar como a evolução do Direito de Família possibilitou delinear a possibilidade do objeto pesquisado, neste caso a constituição da multiparentalidade através das famílias ectogenéticas e o contrato de geração de filhos.

Exsurge, então, a problemática: nos casos de multiparentalidade na família ectogenética por meio dos métodos caseiros de reprodução assistida heteróloga, existe a possibilidade do terceiro doador pleitear o reconhecimento da paternidade registral?

Na prática, essa situação tem aberto margem para levantar muitas questões, como a possibilidade de vinculação do doador não anônimo ao enlace familiar que se delinea, como no caso de requerer o doador fazer parte do projeto parental e exercer a paternidade gerada pela consubstanciação da vida através de seu material genético. O primeiro capítulo, com o intento de atingir os objetivos propostos, debruçou-se, a presente pesquisa, o longo processo evolutivo pelo qual passou o arquétipo do modelo de família, até adquirir sua forma atual, retomando brevemente o contexto do poder familiar, exercido pelo *Pater familias*, até o momento de desconfiguração dos fenótipos de entidade patrimonializada, hierarquizada e patriarcal, os quais eram inicialmente intrínsecos à ideia de família.

No capítulo seguinte, analisa-se a abordagem dos vínculos de filiação no Código Civil de 2002, que conferiu especial proteção à família, reconhecendo outras formas de

núcleos familiares além dos limites delineados pelo casamento, não recepcionando distinções entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, e paralelo a isso, admitiu os parentescos legal, biológico e socioafetivos, vedando qualquer tipo de hierarquização sobre elas, ressaltando inclusive, a regra insculpida no art. 226, § 7º, da Constituição, que indica que a parentalidade das crianças nascidas por meio das técnicas de reprodução assistida o que tornou possível a admissão da multiparentalidade e o reconhecimento a mais de um vínculo de filiação.

No terceiro capítulo, analisa-se a transposição do eixo normativo-axiológico do ramo do Direito Civil para o plano constitucional, viabilizando um extenso leque de possibilidades à família especialmente a partir da conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, sob o aspecto da autonomia das pessoas, do livre planejamento familiar e melhor interesse da criança e adolescente, e não menos importante, o princípio da afetividade. Denota-se, que diante da complexidade das relações familiares passou o Direito a flexibilizar-se para absorver as variações na área da família e, oferecer à família moderna um tratamento legal mais adequado à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de diálogo entre os cônjuges ou companheiros.

Em ordem de entendimento, no quarto capítulo, examina-se cenário de múltiplos arranjos familiares e filiações que deságuam na multiparentalidade, como possibilidade jurídica de mais de um pai ou mãe figurarem os polos da filiação registral. Para tanto, discute-se o impacto das inovações biotecnologias de reprodução artificial. Os avanços na medicina reprodutiva proporcionaram não apenas a viabilização da multiparentalidade, como também o surgimento das famílias ectogenéticas, aquelas formadas a partir de técnicas de reprodução heteróloga, a qual necessita da manipulação dos gametas de um terceiro à relação. Essa manipulação e/ou auxílio reprodutivo, usualmente, ocorre intermediado por laboratórios especializados em reprodução assistida humana, contudo, não é o único meio, já que na prática, cresce o número de adeptos ao procedimento de forma caseira.

Por fim, serão analisados os pressupostos que validam o contrato de geração de filhos, pactuado entre o casal que planejou o projeto parental a partir da realização do procedimento da reprodução assistida, e o terceiro doador não anônimo, observando as regras que deverão ser atribuídas a cada um dos pais e ao doador, em analogia à regulamentação normativa da reprodução assistida heteróloga realizada em

laboratórios, bem como examinar a possibilidade do doador ingressar no pleito do reconhecimento da paternidade.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MODELO FAMILIAR

A concepção de família, como primeira célula de organização social, permeia, desde os tempos mais remotos até a atualidade, em um processo evolutivo gradativo e constante de mudanças em sua conjuntura. É o agente determinante da passagem do estado natural do homem para um estado cultural, marcado pela tendência à civilização enquanto supressão de instintos e do estado de barbárie. No direito romano, a entidade familiar possuía essencialmente como base, a centralidade da figura masculina, o *pater familias*. Essa formatação baseava-se no princípio da autoridade, exercido sobre seus descendentes não emancipados e sobre sua esposa. Podendo, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida.

A família atuava como um verdadeiro núcleo reprodutivo, dotado de atribuições e responsabilidades quase que integralmente, pela produção e confecção de bens dentro da família e atividades laborais no campo, em consonância com a mão de obra proporcionada pelos escravos. Todos estavam sujeitos aos poderes do *pater*, responsável por qualquer tomada de decisão dentro dos limites do lar, a quem cabia também gerir e administrar a totalidade do patrimônio familiar. Nesse sentido, assevera Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.34):

A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmotempo, chefe político, sacerdote e juiz Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça.

Quanto aos efeitos sucessórios, a morte do *pater* garantia personalidade aos filhos varões, assumindo por sua vez, a condição de *pater*. Nessa formatação, o parentesco romano, para efeitos civis, não encontrava fundamento no parentesco do sangue, mas no poder (*potestas*). Seriam descendentes aqueles que estivessem sob o poder do mesmo *pater*, ligadas pelo parentesco masculino, desconsiderando, para fins jurídicos o parentesco materno.

A figura feminina, encoberta pela subordinação à autoridade marital, em uma

condição de inteira dependência, não possuía direitos patrimoniais ou capacidade jurídica, incumbindo-lhe apenas a realização dos afazeres domésticos e desempenho da função reprodutiva.

Representou considerável ruptura ao arranjo familiar nos moldes romanos, a transição ao Direito Canônico, que passou a reger as relações familiares na Idade Média, sobre forte ingerência da Igreja, elevando o casamento à sacramento, sendo a cerimônia religiosa o único meio de constituição familiar. Ainda, longe de qualquer conotação afetiva, o casamento muito mais representava uma aliança de interesses do que de fato a simbolização dos laços afetivos. Como bem assevera Coulanges: (1958, p. 76):

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto.

A interface familiar brasileira foi construída nos moldes dos direitos romano e germânico, mas principalmente do direito canônico, como imediata consequência da colonização lusa, visto que as Ordenações Filipinas trouxeram a forte influência ao direito pátrio. Tratava-se de uma entidade patrimonializada, hierarquizada e patriarcal.

O advento da Revolução Industrial, provocou uma brusca mudança na conjuntura organizacional da sociedade, desgarrando-se do seu caráter agrário, no qual o trabalho era desenvolvido no próprio núcleo familiar, em decorrência do novo regime econômico, que demandou não só a desconcentração dos membros da família, através da imigração, como também culminou no distanciamento entre o lar e o espaço laboral. Observa-se a partir de então, uma flexibilização na estrutura familiar, caracterizada principalmente pela mitigação da autoridade masculina, proporcionando, de forma gradativa, a emancipação da mulher, em virtude da integração feminina no mercado de trabalho, passando a exercer atividades antes relativas somente aos homens.

Seguindo o percurso histórico, com o fim da Segunda Guerra Mundial, ocorreram novas mudanças drásticas no modelo familiar. Segundo Calderón (2017, p. 43), ao passo que cresciam as formações familiares, ensejavam o aspecto subjetivo dessas relações. O Direito não mais acompanhava as mudanças propostas pelo modelo

familiar, cada vez mais desprendido de sua forma conservadora. Nessa perspectiva, dá-se início a tentativa jurisprudencial e doutrinária de oferecer respostas a nova realidade que começava a se delinear.

3 VÍNCULO DE FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

As mudanças ocorridas no cenário social viabilizaram a manutenção, no Direito de Família das normas que até então, regiam este instituto. Essa manutenção se deu, principalmente envolta pela evolução da filiação no ordenamento jurídico.

O primeiro critério a ser utilizado para conferir a paternidade, tem como principal pressuposto a presunção de que os filhos concebidos na constância do casamento são descendentes dos dois cônjuges. Nesse sentido, incorre a tradicional premissa de que a maternidade é sempre certa (*mater semper certa est*); a paternidade é sempre incerta (*pater semper incertus est*), presumindo-se pai aquele que com ela estiver constituído no matrimônio. Essa verdade dogmática tem como raízes o Direito Romano, fundado no liame civil e principalmente religioso.

O Código de 1916 adotara o sempre repetido princípio segundo o qual pai é quem assim demonstram as justas núpcias (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), presumindo o antigo legislador que o filho de mulher casada foi concebido pelo marido. A presunção, fundamentada no que usualmente ocorre, possuía um embasamento cultural e social, em prol da estabilidade da família, uma vez que impedia que se atribuísse prole adulterina à mulher casada.

Nesse viés, trazia também expressa distinção entre os membros da família, ao impedir a dissolução do casamento, assim como os vínculos extrapatrimoniais e aos filhos “ilegítimos”, promovendo uma clara distinção aos filhos havidos fora do pacto matrimonial, em uma relação paradoxal com a própria sociedade à qual impera/impõe suas normas, formada em sua maioria por uniões informais.

O critério da verdade legal está estabelecido no atual Código Civil, em seu artigo 1.597³. As supracitadas presunções legais previstas pelo Código Civil, agora permeiam por um outro caminho, ao reconhecer outras duas modalidades de parentesco, quais sejam a reprodução assistida heteróloga, e a parentalidade socioafetiva. Esses institutos situam-se na expressão "outra origem", principalmente em virtude dos avanços da medicina, observados pelo legislador, incluindo em seu texto a viabilidade da gravidez por meio de métodos de reprodução assistida.

Por muito tempo a única forma de conferir a paternidade a alguém era através da presunção, a partir do critério da verdade legal, no entanto, os avanços ocorridos no campo da ciência, principalmente na área da genética, com a descoberta do exame de DNA, representaram uma mitigação à supremacia do critério legal, uma vez que possibilitam definir com bastante precisão a existência ou não de vínculo consanguíneo, tornando-se então um importante meio de prova. A filiação decorrente da natureza pressupõe um nexó biológico ou genético entre o filho e seus pais.

De sorte, o dispositivo constitucional de 1988 não recepcionou a distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos prevista no Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

A instituição do divórcio, através da EC/77, acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada, da qual estava atrelada à filiação, e paralelo a isso, o reconhecimento da origem genética passou a ser considerado um direito fundamental, ocasionando a propositura de diversas ações de investigação de paternidade.

A filiação biológica é definida pela herança de material genético que os filhos recebem de seus genitores. Assim, em razão da alta precisão oferecida pelo exame, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 301, dispondo que a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade⁴.

³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁴ Súmula 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

Contudo, como bem afirmam Claudete Carvalho Canezin e Frederico Fernando Eidt (2012):

Esse exame (de DNA) revela o verdadeiro genitor, o qual nem sempre se confunde com a figura do verdadeiro pai, visto que este está ligado pelos laços de afeto, mas não necessariamente pelos laços sanguíneos.

Desse modo, apesar da repercussão jurídica proporcionada pelos avanços trazidos pelo exame de DNA às relações jurídicas, uma vez que se comporta como método para determinar a existência de uma relação consanguínea e identificar a origem genética, não se trata de forma exclusiva para definição da paternidade, isso porque, esse mesmo cenário de mudanças jurídicas e sociais, proporcionou o reconhecimento do vínculo afetivo como forma de constituição do parentesco.

Consoante a isto, pode-se aferir que o vínculo consanguíneo não se mostrava suficiente à determinação da paternidade, uma vez que esta vai muito além dos laços de sangue, pois também encontra respaldo no acolhimento e afeto recíprocos. Assim, os termos “pai” e “genitor” podem coincidir na mesma pessoa, mas deixam de ser sinônimos, sendo genitor aquele que fornece o material genético, enquanto pai é aquele que detém a filiação.

O Código Civil de 1916, vigente no século passado, regulamentava o instituto familiar sob uma perspectiva patriarcal e matrimonial, de cunho essencialmente discriminatório, ao limitar a constituição da família ao casamento. Contudo, a Constituição inaugurada em 1988, ao conceber a expansão dos direitos fundamentais, viabilizou a criação de um novo paradigma na seara do direito de família, oportunizando o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, que por sua vez, pode ser entendido como a possibilidade hermenêutica de deslocamento do eixo central normativo do ramo do Direito Civil para o plano constitucional, abrindo espaço para o processo de regulamentação das famílias formadas por vínculos afetivos.

Nesse contexto de adequação da norma ao indivíduo na construção de sua personalidade e suas interações sociais, o Código Civil de 2002, dispôs em seu artigo 1.593 que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, possibilitando a interpretação jurisprudencial favorável ao

reconhecimento da filiação socioafetiva, embasada na posse de estado de filho⁵.

A posse da filiação, por sua vez, presume que o seu detentor, estabeleça um tratamento recíproco como se pai e filho fossem, tornando propícias as condições para que de fato sejam.

A III Jornada de Direito Civil, em seu enunciado nº 256, afirma que “a posse de estado de filho, também denominada paternidade socioafetiva, nada mais é do que uma forma de parentesco civil”. Ou seja, o parentesco civil abarca o socioafetivo, sendo este fundado numa relação afetiva gerada por meio da convivência.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

A filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. (Recurso Especial. **REsp 1000356 SP**. Terceira Turma. Recorrente: N V DI G E S. Recorrido: C F V. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo, 25 de maio de 2010)

Assim, a verdade afetiva começa a estreitar seus laços quando há posse do estado de filiação, exercida uma pessoa desfruta do status de pai em relação à outra pessoa em virtude da continuidade da convivência afetiva, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal.

A filiação socioafetiva configura-se, no panorama do direito internacional como a mais moderna tendência, comportando-se como base funcional da multiparentalidade, como expressão dos novos arranjos familiares, permitindo que uma pessoa possa ter dois ou mais pais, duas ou mais mães, conforme alude decisão do SFT:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÔBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ -CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, §

⁵ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

4 º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6 º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7 º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A

CASOS SEMELHANTES. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que 5 merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

(STF - RE: 898.060 SC, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Publicação: DJe 21/09/2016)

Assim, diante de todos esses requisitos cabe ao juiz a difícil tarefa de verificar a existência da afetividade em cada caso e, sendo ela reconhecida, deve sempre prevalecer o melhor interesse do menor, enveredando sempre pelo caminho mais benéfico a criança, visto que não há hierarquia ou sobreposição de nenhum dos tipos de filiação.

4 BASE PRINCIPOLÓGICA EMBASADORA DA MULTIPARENTALIDADE

Foi possível observar a Constituição Federal de 1988 abriu outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção à evolução social da unidade familiar. Consoante a isto, o Código Civil de 2002, incorporou as mudanças legislativas sobrevindas das últimas décadas do século passado, adaptando-se as novas necessidades da prole, enquanto realidade social plural e cultural.

Essas mudanças só tornaram-se possíveis em virtude do processo de constitucionalização do Direito, potencializado pela normatividade dos princípios e acepção subjetiva que abarca a nova hermenêutica, baseada na centralidade da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Como bem assevera Barroso (2010, p. 67):

Direito é, também, em uma terceira acepção, a possibilidade que o beneficiário de uma norma tem de fazê-la atuar em seu favor, inclusive por meio de recurso à coação estatal. Normas jurídicas e, ipso facto, normas

constitucionais tutelam bens jurídicos socialmente relevantes e interesses individuais. Um direito subjetivo constitucional confere a seu titular a faculdade de invocar a norma da Constituição para assegurar o desfrute da situação jurídica nela contemplada. Consoante doutrina clássica, é o poder de ação, fundado na norma, para a tutela de bem ou interesse próprio.

A dignidade da pessoa humana, inerente a Constituição, enquanto promoção da democracia, é a qualidade intrínseca à cada ser humano, assegurando a proteção contra qualquer ato degradante e desumano, somado às garantias existenciais mínimas para uma vida saudável, de forma que o valor individual de cada ser humano não pode ser relativizado em função do valor coletivo.

O Princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal.⁶ Verifica-se, com efeito, do exame do texto constitucional, a função sintetizadora de tutela e promoção da dignidade de cada um dos membros da família, principalmente em atenção ao desenvolvimento da personalidade dos filhos, não mais enraizada à ideia do instituto familiar como unidade sacralizada e patriarcal. Tem-se no dignidade humana, a base para interpretar todos os demais preceitos constitucionais, atuando como um imperativo que qualifica os demais direitos fundamentais, sendo considerada como macro princípio.

No âmbito do Direito de Família, o enfoque constitucional prestigiou esse princípio, sob o prisma de quatro eixos basilares: consagrou princípio da igualdade entre homens e mulheres (226, § 5º), reconheceu como legítimos os modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada a discriminação, e portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).⁷

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos III - a dignidade da pessoa humana;

⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 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.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010](#)).

seus membros, principalmente da criança e do adolescente, como preceitua o art. 227 da Constituição Federal, buscando o equilíbrio e o respeito mútuo no ambiente familiar, assim como o tratamento isonômico entre seus membros⁸.

Aliado a ele, tem-se o Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, visando proteger a da figura da criança e do adolescente, enquanto membros da unidade familiar, proteção essa que deve ser exercida tanto pelos pais, como pelo Estado, afim de resguardar o acesso adequado aos meios de promoção moral, material, e espiritual da criança e do adolescente, e afastá-los possíveis prejuízos ao seu desenvolvimento mental e social.

Representa uma grande mudança nas relações familiares, uma vez que a criança e o adolescente passam a figurar o polo central da relação, passando a ser considerados como sujeitos de direito. Logo, a própria condição de filho do indivíduo, por si só, demanda a necessidade de priorizar seus direitos, de forma a garantir o que contempla o seu melhor interesse, configurando-se um intransponível fundamento moderno do Direito de Família. Na doutrina, testam Flávio Tartuce e José Simão (2012, p. 37-38) que:

(...) o art. 3º do próprio ECA prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Sendo este um princípio que busca garantir a aplicabilidade dos direitos resguardados ao menor, nos casos em que coexistem a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica de forma substancial na vida do filho, caracterizando a multiparentalidade, ambas devem ser reconhecidas, sem que seja determinada uma hierarquia ou sobreposição, devendo restar comprovado ser esta a melhor opção para atender as necessidades da criança ou adolescente.

O exemplo supramencionado, consubstancia também o Princípio do livre planejamento familiar, decorrente do art. 226 da Constituição Federal, que prevê expressamente a possibilidade de três categorias de família: a matrimonial, disposta no § 1º e § 2º, originadas a partir da pelos termos legais, ou através da celebração

⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

religiosa, respectivamente; § 3º, originada em decorrência do estabelecimento de união estável; e por fim, no § 4º, a monoparental, quando da instituição familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Esse rol, entretanto, não deve ser visualizado como sendo taxativo, visto que existem inúmeros e diversificados arranjos familiares, como por exemplo, a família socioafetiva, famílias recompostas, etc.⁹

Ainda, no § 7º do aludido artigo, a Carta Magna faz menção à livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.¹⁰ Ressalte-se que, a expressão “decisão do casal” vem tendo sua interpretação alargada pela jurisprudência, e pode significar tanto uma união homoafetiva, como uma família composta por mais de um pai, ou mais de uma mãe.

Em consonância com a Carta Magna, o Código Civil de 2002, promoveu a igualdade das partes no casamento (art. 1.567)¹¹. A atuação Jurisprudencial no sentido ascensão da tutela protetiva concernente com a realidade fática de proteção ao instituto familiar, tendo em vista as decisões que têm por escopo a união homoafetiva no Brasil, como no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 13210 julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, em que a união entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecida como entidade familiar, ampliando a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil¹². Outro caso de grande relevância social julgado pelo STF foi o Recurso Extraordinário 898.060/SC12, em que foi reconhecida a possibilidade de coexistência de vínculos parentais socioafetivo e biológicos.

Esse princípio, tem como escopo, garantir às famílias a capacidade de livremente realizarem seu planejamento familiar, levando em consideração suas particularidades, e circunstâncias específicas referentes a suas relações interpessoais e

⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

¹⁰ § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹¹ Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

¹² Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

suas respectivas vivências, cabendo ao Estado, intervenção mínima, apenas no sentido de tutelar direitos.

Por fim, mas não menos importante, o princípio da afetividade, apesar de não estar expresso no texto constitucional, comporta-se como princípio implícito, sendo o principal fundamento de sustentação das relações familiares. Assim, nas palavras de Ricardo Lucas Calderon (2011, p. 264):

Parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, explícito e implícito na Constituição, explícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento.

Esse princípio se materializa por meio das decisões jurisprudenciais a partir de adequações das normas específicas e adaptá-las à realidade fática, o que tem ocorrido, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, como demonstrado a seguir:

O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.

Em meios práticos, a afetividade se configura a partir da sociedade alicerçada no afeto, da assistência recíproca, demonstrando uma significativa duração de estabilidade e continuidade, em que o fator tempo apresenta-se como determinante para a caracterização do estreitamento dos laços.

O aludido princípio, ganhou dimensão explícita, ao ser recepcionado pela I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Superior Tribunal de Justiça, através dos Enunciados nº 103 e 108¹³, reconhecendo inclusive, importante questão quanto ao reconhecimento da filiação decorrente de reprodução assistida do pai ou mãe que não contribuiu com seu material fecundante.

¹³ Enunciado nº 103. O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho. Enunciado nº 108. No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.

5 A MULTIPARENTALIDADE NA FAMÍLIA ECTOGÊNICA

Como visto anteriormente, o instituto familiar percorreu um longo caminho de mudanças em seu arquétipo, principalmente em decorrência do novo cenário normativo constitucional, resultante na expansão dos direitos e garantias fundamentais as quais o ordenamento jurídico desdobra-se na intenção de alcançar. A parentalidade, por sua vez, há muito deixou de ter uma fonte exclusiva, podendo derivar-se de uma presunção imposta por lei (ex: pai é o marido da mãe), da genética (exame de DNA) e do afeto (parentalidade socioafetiva).

Paralelo a isto, foi possível a viabilização da biogenética e da medicina reprodutiva, que expandiu substancialmente o leque de possibilidades para a procriação de casais ou indivíduos que desejam ter filhos e não conseguem, seja em virtude de um, ou de ambos possuírem problemas com a formação de seus gametas, como na hipótese de casais homoafetivos. Nesse sentido, o desenvolvimento vertiginoso da tecnologia reprodutiva implicou em consequências diretas ao cenário jurídico, conforme leciona Heloísa Helena Barboza (1993, p. 79):

A reprodução artificial de um modo geral, leva a repensar o conjunto de instituições estruturais do Direito, tais como: família, filiação e direitos sucessórios, especulando-se assim quais os critérios mais eficientes para decisões concretas de difícil análise sobre os questionamentos de índole jurídica.

Reprodução Assistida é o termo utilizado para o conjunto de técnicas para tratamento da infertilidade conjugal que envolva o manuseio de pelo menos um dos gametas (espermatozoides ou óvulos), manipulados em laboratório. A reprodução assistida pode ser heteróloga ou homóloga, esta última decorre da fecundação dos gametas do próprio casal, e por isso consiste em um procedimento mais comum. Enquanto na reprodução assistida heteróloga, por sua vez, há obrigatoriamente a participação de um terceiro, havendo a utilização de seus gametas, o que normalmente se dá através de banco de sêmen ou por óvulos doados, e não o cônjuge ou companheiro.

A inseminação artificial heteróloga, disposta no art. 1.597 do Código Civil, em seu inciso V, prevê que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Importante ressaltar que quanto à segunda parte do inciso V do mencionado

artigo, que expressão “autorização do marido”, de forma a não desconsiderar as uniões homoafetivas, deve ser interpretada como autorização do outro cônjuge ou companheiro.

A multiparentalidade, por sua vez, decorre justamente das possíveis variações dos arranjos familiares, fenômeno esse que desagua em novas formas de parentalidade a partir do viés da reprodução assistida. Assim, com a viabilidade trazida pelas técnicas reprodutivas, nascem as famílias ectogenéticas, que são grupos familiares constituídos com ajuda das técnicas de procriação medicamente assistida. Como adverte Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 294) as técnicas reprodutivas, aliadas ao discurso jurídico, psicanalítico e filoclinisófico, promoveram passagens para a fundação de novos vínculos de parentesco.

Encontra-se na multiparentalidade nas famílias ectogenéticas, a descontinuação dos moldes clássicos que impõem à família uma receita pré-estabelecida: casamento – família – reprodução, compactuando com a errônea ideia de há apenas um caminho para sua constituição. O tripé de sustentação do modelo tradicional familiar restou completamente alterado, vez que o exercício da parentalidade não mais representa uma consequência da sociedade conjugal.

Tomando a família ectogenética como ponto de partida, três são as modalidades evidenciadas no cenário atual: A primeira delas, versa sobre a gestação de substituição, regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução 2.168/2017. Tem-se também, coparentalidade, quando os dois indivíduos se unem apenas com o intuito da procriação. Trata-se de uma configuração familiar alternativa, baseada em um sistema de cooperação mútua, de forma planejada e responsável, sem relacionamento conjugal ou sexual;

Por fim, tem-se como consequência direta do fenômeno da multiparentalidade, o qual pretende-se abordar: a reprodução assistida heteróloga realizada a partir do método doméstico, na qual o doador é conhecido. A medida em que os métodos de procriação se desenvolveram, tornou-se possível a reprodução assistida ocorrer de duas formas procedimentais: a reprodução assistida clínica e a caseira ou doméstica.

A reprodução assistida realizada em laboratório especializado, é amparada pelo ordenamento jurídico, sendo regimentada pela Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, e pelo Provimento nº 63/2017, regulamentando a

atuação dos cartórios quanto ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, ambas resguardando anonimato do doador.

Ao passo que a reprodução assistida realizada pelo método caseiro não possui qualquer menção no ordenamento, no entanto, denota-se uma realidade cada vez mais comum. Para a realização do método, basta um pote de coleta e uma seringa. Na prática, o sêmen de um doador é depositado em um pote de coleta e, logo em seguida, com auxílio de uma seringa, é introduzido no órgão genital da receptora. Ao contrário do que acontece na inseminação artificial em clínicas, nestas situações, o doador não é anônimo.

Ilustradamente, trata-se da hipótese de um casal de mulheres, que planejam e alimentam o desejo de ter filhos, e para isso necessitam fazer uso das técnicas de reprodução assistida pelo método caseiro. Em virtude do alto custo do procedimento comum, entram em acordo com um terceiro doador não anônimo para utilização do seu material genético, seja em através de uma relação de amizade, ou até mesmo um desconhecido que disponibiliza a doação grupos de doação de sêmen nas redes sociais.

Por se tratar de uma hipótese recente ao ordenamento jurídico, essa questão merece especial atenção, primeiro, por enquadrar-se em dois institutos relativamente recentes ao Direito de Família, qual sejam, a multiparentalidade e inseminação artificial por reprodução assistida heteróloga; segundo, em virtude do crescente número de adeptos dos métodos caseiros de inseminação artificial, visto que o investimento financeiro para cada etapa do processo se mostra vultoso e inacessível à grande parte da população, variando entre R\$ 15 mil a R\$ 20 mil reais, de acordo com a notícia intitulada “Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras” (LEMOS, 2017) Por essa razão, muitos casais tem recorrido a realização do método caseiro, como ilustra a decisão:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DUPLA MATERNIDADE – INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL DOMÉSTICA - PROJETO COMUM - AFETIVIDADE COMPROVADA – ANUÊNCIA DAS PARTES – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (Brasil, PR, João Pessoa. 5ª Vara. 10 de set. de 2018)

Essa prática, cada vez mais comum, principalmente entre casais homoafetivos, tem ganhado força a partir de grupos e páginas em redes sociais que reúnem pessoas

interessadas em participar do método, seja como doador, ou como receptor. Em uma rápida busca pelo Facebook, é possível encontrar cerca de 45 grupos disponíveis, o maior deles, intitulado Inseminação Caseira Gratuita conta com aproximadamente 9 mil membros.

A situação em tela convida a um complexo debate jurídico, dada a possibilidade de o doador do sêmen após realização do acordo de doação, questionar judicialmente seu direito de exercer a paternidade concomitantemente. Trata-se, à primeira vista, de situação atípica, mas que revela a construção de novos moldes do modelo familiar.

Em uma análise do Provimento nº 63/2017, o art. 8º prevê que não poderá o oficial de registro civil exigir a identificação do doador de material genético como condição para realizar o registro de nascimento da criança gerada mediante técnica de reprodução assistida¹⁴. Mais adiante, na Seção III, que dispõe sobre a Reprodução Assistida, o parágrafo 3º do art. 17, aduz que o conhecimento da ascendência biológica não importará do vínculo de parentesco entre o doador e o filho gerado por meio da reprodução assistida¹⁵. Dessa forma, verifica-se que ambos os artigos, reconhecem, implicitamente a possibilidade do uso de técnicas de reprodução assistida heteróloga onde o doador é conhecido, como é o caso do método caseiro ou doméstico.

Destarte, analogicamente ao próprio entendimento pacificado quanto a reprodução assistida heteróloga, o qual tem resguardado o direito ao anonimato do genitor, há possibilidade jurídica de o mesmo sofrer mitigação em função do direito ao conhecimento genético, para que se esclareça a origem genética da pessoa gerada através da inseminação artificial heteróloga, razoável é o entendimento de poder o doador não anônimo, quando esse expressamente abre mão ao seu direito ao anonimato, investido pela vontade de contribuir para a criação daquela criança e prestar-lhe a devida assistência, figurar também o polo da filiação.

Seguindo essa linha de raciocínio, faz-se mister observar que o reconhecimento da paternidade do doador em nada altera o vínculo da parentalidades já existente, já que a Constituição estabelece exatamente o contrário, acolhendo generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre o outro. Devendo lembrar ainda, que há um fator determinante nessa hipótese: a livre e consciente

¹⁴ Art. 8º O oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.

¹⁵ § 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

vontade daquele doador de ser pai daquela criança.

Deve-se levar em conta, como assegura a Constituição Federal, que o livre planejamento familiar deverá basear-se na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, sendo vedado ao Estado qualquer tipo de controle ou interferência no exercício desse direito. Desse entendimento, pode-se extrair de um direito fundamental à reprodução e conseqüente constituição de família. Qualquer forma de negação ao direito à parentalidade a uma parte dos indivíduos, obstando a realização pessoal dos mesmos, viola seus direitos fundamentais à igualdade e à não discriminação, ao deixar de promover positiva e igualmente as liberdades fundamentais de todos os seus cidadãos.

6 O CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHOS

Após uma análise da multiparentalidade sob a ótica das técnicas de reprodução genética, observou-se que o instituto familiar ganhou novas expressões e configurações, que por sua vez, remetem o mundo jurídico à elaboração de uma nova espécie de pacto, denominado “contrato de geração de filhos”. Nessa senda, tem-se o contrato de geração de filhos como a materialização do acordo celebrado entre as partes, que nesse caso específico é configurado pelo doador do material genético e o casal que irá recebê-los. Por esse motivo, faz-se imperioso analisar os pressupostos necessários para a celebração desse contrato.

Inspirado no contrato realizado no Direito Civil, o art. 104 do Código Civil¹⁶, elenca os requisitos que validam o negócio jurídico, quais sejam: o agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma prescrita ou não defesa em lei. Passando pelo exame desses requisitos, é indispensável, que as partes sejam devidamente capazes. Significa dizer que as partes não devem somente gozar de capacidade, conforme as diretrizes do art. 3º e 4º do Código Civil, mas também possuir legitimidade, funcionando como um limitador da própria capacidade, estreitando a relação do negócio jurídico apenas às partes que usufruem do interesse em agir no caso específico, ou seja, o doador dos gametas, e a receptora seu cônjuge ou companheiro.

Tratando-se de um negócio jurídico, faz-se necessário também que o objeto

¹⁶ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

seja lícito. Nesse caso, o objeto do contrato figura-se como o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, ou seja, a doação dos gametas para realização de método de reprodução assistida heteróloga caseira. O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, não admite e nem tampouco proíbe esse contrato de geração de filhos decorrente da reprodução assistida realizada pelo método caseiro, assim, sua omissão a respeito do procedimento, leva a presumir que se não há proibição pelo ordenamento jurídico, entendendo-se pela possibilidade.

Deverão também, conter no contrato todos os elementos necessários para que possa ser o objeto do acordo determinado ou pelo menos determinável, nesse caso, é a própria reprodução assistida realizada a partir da doação do material genético. É imprescindível também que o contrato esteja incumbido pela autonomia da vontade de ambas as partes, tanto por parte receptora do material genético e seu cônjuge ou companheiro, na condição de contratantes, quanto pelo doador, na figura de contratado. Apesar de se valerem da consensualidade, o contrato deverá obedecer a formalidade, além de contemplar a necessária leitura da função social à que se almeja e em respeito ao melhor interesse da criança, requerendo de seus partícipes uma conduta inspirada na boa-fé objetiva, em observância ao princípios da dignidade humana e respeitando o fato de que todo contrato comporta-se como instrumento da primazia da justiça social.

Na situação em tela, duas hipóteses contratuais são cabíveis: na primeira, o contrato dispõe sobre a doação do material genético na condição do doador também figurar o polo de filiação; ou como uma segunda hipótese, o contrato se releva justamente no sentido de excluir o doador de qualquer vínculo parental, ocasião em que o doador, abre mão do exercício da paternidade, transferindo expressamente ao casal o exercício a parentalidade sem óbices.

Se tratando da hipótese do doador também concorrer à parentalidade da criança com o casal que planejou o projeto parental, o contrato faz-se necessário para dispor sobre as questões que emergem à multiparentalidade, estabelecendo as regras que deverão ser atribuídas a cada um dos pais, bem como a escolha do nome, visitas, sustento, convivência, se a criança irá viver habitualmente com o casal e passará temporadas com o pai biológico, ou se ambos possuirão a guarda compartilhada da

criança, de acordo com o art. 42, § 4º e § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷.

Quanto ao embasamento normativo, uma vez que o método caseiro de reprodução assistida não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico, faz-se necessário o uso da analogia à reprodução assistida realizada em laboratórios especializados. Passando a essa análise, a Resolução nº 2.168 prevê em seu artigo 4º das Disposições Gerais, acerca da reprodução assistida, a elaboração pelo diretor técnico, do termo de consentimento livre, contendo a expressa concordância de ambas as partes envolvidas na técnica de reprodução, bem como os aspectos legais da filiação¹⁸. No mesmo liame, o art. 17, inciso II, do Provimento nº 63/2017 estabelece que para o registro e emissão da certidão de nascimento de filho gerado partir das técnicas de reprodução assistida, faz-se necessária a apresentação da declaração emitida pelo diretor técnico da clínica ou laboratório responsável pelo serviço de reprodução humana, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como os nomes dos beneficiários¹⁹.

Nessa senda, em uma interpretação análoga à reprodução assistida em laboratórios, importaria em dizer que não há nenhum impedimento à possibilidade de o doador estar incluindo dentre os beneficiários do negócio jurídico, até porque, no caso do método de reprodução doméstico, a nomeação dos beneficiários ficará a cargo dos próprios contratantes.

Nos termos do parágrafo 1º do art. 17 do Provimento nº 63/2017, na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da

¹⁷ Art. 42 Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

¹⁸ Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

¹⁹ Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

¹⁸ O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

¹⁹ Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

filiação²⁰. Esse esclarecimento também pode ser interpretado analogicamente ao caso do doador não anônimo, no sentido de que, apesar de não ser possível o filho pretender a filiação com o doador do material genético, com quem tem vínculo biológico, o contrário é possível, já que o doador conscientemente abre mão do seu direito ao anonimato, priorizando a filiação, até por que, nesse caso, evidencia-se uma robusta prova da intenção do doador em ajudar a alcançar o melhor interesse da criança no caso concreto.

Destarte, no que diz respeito à segunda hipótese contratual, em que o doador abre mão de qualquer direito filiatório, advém a possibilidade deste se arrepender, e passar a requerer o exercício da parentalidade sob aquela criança. Ilustradamente, ao momento da doação do material genético, o doador firmou contrato com o casal abrindo mão de qualquer vínculo parental com aquela criança, mas em razão de uma relação de amizade com o casal, acaba por se afeiçoar a criança e desenvolver uma relação afetiva, pleiteando agora sua inclusão na filiação registral daquela criança.

Dado o teor atípico do objeto pactuado, podem ser elencadas algumas questões quanto a validade do negócio celebrado: No caso de arrependimento por parte do doador, poderia este, pleitear o estabelecimento da filiação no momento posterior? Ou ele seria imediatamente considerado nulo com base nas normas da legislação infraconstitucional?

De certo, deve-se observar a situação em tela pela ótica do princípio da afetividade. Se, com o decorrer do tempo, ocorreu aproximação entre a criança e o doador, evidenciando-se uma relação fundada no afeto e na a responsabilidade de concorrer para sua criação e desenvolvimento da criança, evidencia-se a construção de uma relação afetiva, que apesar de destoar do que fora pactuado, não poderia um contrato se sobrepor a realidade fática, já que a existência de um laço de afetividade, imediatamente liga-se ao conceito de parentalidade, pois deve levar-se realizar a leitura do afeto como prorrocesso de filiação subjetivo, marcado pelo tratamento e pela relevância da relação construída, que afeta nada menos, que a constituição pessoal afetiva dos sujeitos em questão. Nesse sentido, Cassettari (2017, apud STANDLEY, 2010), aduz:

²⁰ § 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

O direito à vida familiar não é absoluto, mas qualificado. Se o direito à vida em família não é absoluto, mas qualificado, deverá o ordenamento jurídico tecer soluções para que as pessoas ligadas por um vínculo de afeto possam ter direitos garantidos.

Denota-se que as relações de afeto parecem caminhar à frente nos projetos familiares e, por isso, conduzem à assunção da responsabilidade pela constituição das famílias, assim, a partir do firmamento de laços afetivos entre o doador e a criança, na qual é possível observar a posse de estado de filho, nasce a possibilidade de pleitear o reconhecimento daquela paternidade, uma vez que já existe na vida real.

Por fim, verifica-se que qualquer das respostas não parecem ser absolutamente assertivas, e qualquer delas poderá ser superada a depender do ponto de vista do magistrado. Para que todas as partes tenham os seus direitos parentais reconhecidos, ainda é preciso se socorrer da justiça para o reconhecimento de tal multiparentalidade jurídica. Um contrato dessa natureza, ainda que não seja executável em tribunal, em um eventual processo para estabelecimento de filiação ou disputa de guarda da criança, poderá servir como prova da intenção das partes envolvidas e auxiliar a sopesar o melhor interesse da criança no caso concreto.

A reflexão deve surgir não do confronto que os novos modelos causam, mas no valor fundante da pessoa humana e da centralidade do afeto, como premissas básicas de que a família, para continuar sendo o núcleo básico de qualquer sociedade, como núcleo estruturante do sujeito de direitos precisa ser nutrida de amor. A partir dessa premissa, toda e qualquer estrutura familiar baseada e semeada no amor e na educação, será fonte inesgotável de fortalecimento do sujeito, tornando sociedade cada dia mais sólida e feliz.

7 CONCLUSÃO

Na intelecção do Direito de Família, vislumbra-se que, a passos largos, as diferentes formas de filiação vêm ganhando espaço e se auto afirmando, em virtude do processo expansivo pelo qual passou a legislação após promulgação da Constituição de 88. Essa nova visão constitucionalista provocou uma verdadeira revolução no âmbito jurídico, iniciando um processo de despatrimonialização e constitucionalização do Direito de Família, que propiciou em sentido macro a revigoração do valor da pessoa e a repersonalização das relações civis, o que

inevitavelmente trouxe à letra fria da lei uma tutela familiar mais humanitária e socialmente efetiva frente aos novos anseios sociais.

Dada a contemporaneidade dos conceitos de entidade familiar, surge a multiparentalidade, que significa a possibilidade jurídica de mais de um pai ou mais de uma mãe preencherem os campos de filiação no registro civil da criança. Mais do que isso, significa também despir-se de qualquer moldura imposta à entidade familiar, destituindo-a de qualquer definição quantitativa. É a possibilidade de passar a vê-la, límpida e genuína, edificada tão somente pela vontade mútua de materializar o cuidado e o afeto.

Destarte, não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais quanto aos laços de parentesco, em consonância com os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do adolescente e do livre planejamento familiar. Basta que o desejo de formar uma família seja atendido com o uso das técnicas de reprodução assistida para que novos formatos familiares saudáveis surjam, sendo inaceitável a interferência do Direito como coibidor de escolhas que tocam a esfera mais íntima da pessoa.

Ademais, importa pontuar que de fato, não se pode deduzir o vínculo de parentesco apenas pelo conhecimento biológico, no entanto, se do conhecimento da origem biológica decorrem também o desejo de exercer e concorrer para a criação e desenvolvimento daquela criança, incumbido pela sua própria vontade, não é possível, nem razoável, obstaculizar o direito daquele que pleiteia o reconhecimento do parentesco. Reafirmando essa aceção, tem-se, no art. 18, a vedação aos oficiais de registro à recusa do registro de nascimento e emissão da certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida²¹.

Resta evidenciada a necessidade de se debater, na comunidade jurídica, sobre o tema proposto, uma vez que, embora não haja expressa previsão a cerca situação jurídica desencadeada pelos métodos caseiros de reprodução assistida heteróloga, é notável sua concretização no plano fático, desencadeando inúmeras possibilidades,

²¹ Art. 8º O oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.

como por exemplo no pleito de reconhecimento da filiação, mesmo com contrato de geração de filhos, em decorrência da construção de uma relação de afetividade entre o doador do material genético e a criança gerada pela reprodução assistida. Neste cerne, entende-se que há legitimidade no pleito do doador ao reconhecimento da paternidade, uma vez que lá existe na realidade, uma relação de paternidade.

Diante disso, conclui-se ser possível alargar o polo filiatório, com fins de incluir o doador do material genético, tanto nas hipóteses em que este deseje expressamente exercer os direitos e deveres inerentes à paternidade, como em decorrência do estabelecimento de vínculo posterior com a criança. Nesse sentido, o contrato de geração de filhos, tem o condão de formalizar o acordo estipulado entre as partes, seja pela participação do terceiro no exercício da parentalidade, ou ainda quando expressamente exclui-o, ocasião em que este deverá reivindicar judicialmente a revisão daquele contrato.

Não obstante, mesmo que nesse caso a filiação decorra da parentalidade biológica, não restam dúvidas da incidência do princípio da afetividade, à medida que se concretiza a vontade de participar e proteger aquela criança. Nesta nova modalidade de paternidades compartilhadas, certamente, os filhos terão pais muito mais responsáveis e comprometidos com a sua criação e educação do que os muitos filhos de famílias constituídas nos moldes tradicionais, que muitas vezes os abandonam, ou não se responsabilizam por eles.

É latente a necessidade de incentivar os operadores da área do Direito de Família às discussões dos formatos mais adequados de instrumentalização dos sonhos dessas novas famílias. Resta observar que as modificações sociais no Direito de Família até então visualizadas desencadearam um processo evolutivo tornando possível à sociedade alcançar um patamar de expansão e garantias de direitos, logo, é nutrindo a mudança que se poderá dar continuidade a cadeia evolutiva do instituto da família.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Saraiva. 2 ed. 2010.

BBC. **Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras**. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>. Acesso em 24 out. 2018.
BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **III Jornada de Direito Civil**. Enunciado n. 256. Disponível em: <<daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados**. Enunciado nº 103. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977; **Lei n.º 6.515**, de 26 de Dezembro de 1977.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm >. Acesso em: 17 out. 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ação de Inconstitucionalidade. **ADI nº 4.227-DF**. Primeira Turma. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Distrito Federal. 05 de Maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1000356 SP**. Terceira Turma. Recorrente: N V D I G E S. Recorrido: C F V. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo, 25 de maio de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14318607/recurso-especial-resp-1000356-sp-2007-0252697-5>>. Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 11 de out. 2018.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 out. 2018.

CANEZIN, Claudete Carvalho; EIDT, Frederico Fernando. **Filiação socioafetiva: um passo do direito ao encontro com a realidade**. Manaus: Revista Síntese Direito de Família, 2012.

CASSETTARI, Christiano; **Multiparentalidade e Perentalidade Socioafetiva**. 3º. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa; **Curso de Direito Clivil: Famílias – Sucessões**. Saraiva, 2012.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 9. ed. Lisboa: Almedina, 1958.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão, **Direito Civil** - Direito de Família, São Paulo: Editora Método. 9º ed., 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.
KRELL, Olga Jubert. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil** – Princípios Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

LE MOS, Vinícius. Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras. **BBC Brasil**. Cuiabá, 30 out. 2018. Disponível em:
<<https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>. Acesso em: 30 out. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões - Ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Famílias ectogenéticas e o contrato de geração de filhos**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/processo-familiar-familias-ectogeneticas-contrato-geracao-filhos>>. Acesso em: 19 out. 2018.

AS VEIAS ABERTAS DA AMÉRICA LATINA: COMENTÁRIOS E CONEXÕES COM O DIREITO INTERNACIONAL

Marcelo Mauricio da Silva¹

RESUMO

O livro de Eduardo Galeano “As veias abertas da América Latina” transformou-se em um ícone da literatura mundial, que discorre densamente sobre a condição da economia política da região e olha para o passado em busca de explicações para o subdesenvolvimento latino- americano. Neste artigo buscou-se aliar essa literatura com o Direito Internacional, mais precisamente objetivou-se averiguar qual tipo de conexão existente entre o livro e os institutos jurídicos relativos a noção de sociedade internacional, de soberania, de igualdade entre os Estados e da não-intervenção nos assuntos nacionais. Para tanto, realizou-se uma pesquisa qualitativa na qual a indução serviu de método para comparar a obra de Galeano com os princípios gerais orientadores do Direito Internacional, bem como com a doutrina jurídica especializada no assunto e com as normas internacionalistas cabíveis. Assim, os aportes literários estudados conectaram-se naturalmente com a sociedade internacional e com a sua ordem jurídica. Os institutos jurídicos apontados foram analisados a partir da perspectiva engendradora nas “veias abertas” e, em resultado, restou patente a existência de uma crítica ao universo das relações internacionais e ao Direito. Estudando-se o caso da América Latina concluiu-se que a paz mundial, a cooperação e a igualdade entre os países, a soberania nacional, o respeito aos direitos humanos, entre outros, são diretrizes ainda não concretizadas na atual sociedade internacional, logo “As veias abertas da América Latina” é uma obra que denuncia tal ocorrência e atesta o impacto negativo dessa conjuntura na realidade latino- americana.

Palavras-chave: Direito internacional público. Sociedade internacional. Princípio da soberania. América latina.

¹ Professor de graduação e de pós-graduação do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais e especialista em Direito Internacional e em Direito e Processo do Trabalho. E-mail: marcelomauricio@unirn.edu.br

THE OPEN VEINS OF LATIN AMERICA: COMMENTS AND CONNECTIONS WITH THE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

Eduardo Galeano's book, *Open Veins of Latin America*, became a worldwide icon in modern literature, which densely expatiates on the region's political economy scenario while searching the past for explanations for its poverty. This document sought to merge Galeano's classic with International Law, or rather precisely to investigate which kind of connection exists between the book and the juridical institutes related to the notion of international society, of sovereignty, of equality of States and non-intervention to domestic affairs. With this in mind, a qualitative study was developed using inductive approach to compare Galeano's work to the general principles of International Law, but also to specialized legal doctrine and to appropriate internationalist norms. Therefore, the literary contributions studied here naturally connects to international society and its juridical order. The juridical institutes mentioned were analyzed from the perspective ingrained in "open veins" and, as a result, the prevalence of criticism to both the universe of international relations and Law could be verified. The study of Latin America brought the conclusion that the principles of world peace, cooperation and equality between countries, national sovereignty, respect for human rights, shaped as guidelines, are still not fulfilled by today's international society. Thus, "Open veins of Latin America" denounces barbarities in the continent committed by imperialist countries, whilst relating such historical events to Latin American underdevelopment.

Keywords: Latin america. Public international Law. Sovereignty principle. International society.

1 INTRODUÇÃO

O livro "As veias abertas da América Latina: cinco séculos de pilhagem de um continente" foi escrito por Eduardo Germán María Hughes Galeano – imortalizado como Eduardo Galeano – e foi publicado no ano de 1971. Desde então, a referida obra

percorreu rapidamente o caminho necessário para ser incluído no panteão da literatura mundial. Tendo sido traduzido para os principais idiomas do planeta, desta forma, passou a ser considerado como um dos livros mais importantes já escrito por um latino-americano.

A obra em comento examina a formação da América Latina desde a colonização espanhola/portuguesa até a contemporaneidade. Sob a perspectiva das “veias abertas”, a ingerência estrangeira na região – primeiro europeia, depois estadunidense – é um fator determinante para o subdesenvolvimento latino-americano, logo, tal ponto de vista é emulado mediante a feitura de crônicas e narrações sobre como os recursos naturais desses territórios foram saqueados durante o processo de colonização entre os séculos XVI e XIX; também, a partir do século XIX, de como as interferências de países imperialistas foram rotineiras e prejudiciais ao regular amadurecimento político, econômico e social da América Latina, além de perpetuar a exploração *lato sensu* desses povos.

Conforme adverte o próprio Galeano no posfácio datado de abril de 1978, contido na oitava reimpressão da primeira edição do livro em espanhol, a pretensão da obra era dialogar com as pessoas acerca de fatos que a história oficial – história contada pelos vencedores – esconde ou mente. Significa dizer que as “veias abertas” é uma obra não especializada, escrita por uma autor não especializado, para um público-alvo não especializado, na qual o mote principal é falar livremente sobre a economia política característica da América Latina, todavia empregando um estilo linguístico não científico, não acadêmico e pessoal. Certamente, tal atributo foi decisivo para a grande popularidade do livro em comento.

Pois bem, parte-se da premissa de que a apreciação de uma obra literária não especializada, quando cuidadosamente combinada com a teoria jurídica adequada, pode contribuir para o enriquecimento da construção do saber, assim tornando o leitor/estudioso mais capaz de abarcar as diversas dimensões do conhecimento e de fomentar nele uma reflexão crítica de cunho holístico. É sabido que o Direito é uma ciência social aplicada, logo a ele não cabe distanciar-se dos fatos acontecidos no seio da sociedade, muito menos esquecer o contexto que plasmou determinado acontecimento histórico. Tal exercício intelectual contribui para a melhor compreensão do hodierno cenário mundial.

Assim sendo, o presente artigo sondou “As veias abertas da América Latina”

tendo como pano de fundo a ordem jurídica da sociedade internacional; isto é, o Direito Internacional é o campo temático aqui engendrado. Diante da leitura do livro de Galeano foi possível identificar a presença de alguns elementos jurídicos, são exemplos: a noção de sociedade internacional; a soberania estatal; a igualdade entre os Estados participantes da sociedade internacional; a não-intervenção nos Estados nacionais; entre outros. Enfim, as conexões entre a obra literária e o Direito Internacional foram fluentes.

Logo, com o intuito de otimizar o presente estudo, o melhor foi concentrar foco nas informações histórico-literárias fornidas nas “veias abertas” acerca das relações internacionais transcorridas entre os séculos XVI e XIX na América Latina durante o processo de colonização luso-espanhola, assim como nas relações ocorridas do século XIX em diante, entre os países latino-americanos e as potências mundiais com atuação na região.

Em razão do exposto, o objetivo do presente artigo foi averiguar qual tipo de conexão está contida no livro “As veias abertas da América Latina” no que concerne aos institutos de Direito Internacional apontados anteriormente. Para tanto, realizou-se uma pesquisa qualitativa onde a indução serviu de método para cotejar a obra de Galeano com os princípios gerais orientadores do Direito Internacional, bem como com a doutrina jurídica especializada no assunto e com dispositivos legais cabíveis localizados em instrumentos normativos (Tratados, Pactos e Declarações internacionais) vigentes.

A corrente reflexão sobre as “veias abertas”, em sua segunda seção, tratou de prover aportes teóricos sobre a caracterização da sociedade internacional e da sua respectiva ordem jurídica, além de tocar em questões fundamentais do Direito Internacional identificadas na obra de Galeano. Na terceira seção, lidou-se com a perspectiva crítica contida no livro sobre as (in)congruências existentes nas relações exteriores entre os países latino-americanos e outros atores internacionais.

2 A SOCIEDADE INTERNACIONAL E A SUA ORDEM JURÍDICA

A compreensão mais adequada sobre os aportes literários contidos no livro “As veias abertas da América Latina”, necessariamente, passa pela associação do seu conteúdo com os referenciais teóricos de Direito Internacional (DI), especialmente os

relativos a noção de sociedade internacional. É forçoso perceber que as crônicas e narrativas sobre o panorama histórico latino-americano desenvolvidas no corpo da obra em comento, somente foram possíveis devido ao fato de que, entre países, existem relações mútuas de utilidades e de necessidades recíprocas.

Diante da leitura das “veias abertas” resta translúcida a percepção de que os fatos históricos registrados desencadeiam-se no sentido de expor uma gama de interações ocorridas entre certos atores internacionais e, por sua vez, de tornar manifesta a influência dos interesses estrangeiros nos contextos nacionais de quase todos os países latino-americanos, assim como na América Latina como região geopolítica e econômica. Logo, não existe equívoco em afirmar que as relações internacionais entre os agentes apontados no livro de Galeano – países, organizações internacionais etc. – constituem o cerne analítico da obra. Tendo tal afirmação como premissa maior, também é assertivo afiançar que estas relações desenvolvem-se em um meio social determinado, isto é, uma sociedade internacional.

Sobre tal classe de sociedade – objeto de estudo do Direito Internacional – Mello (2000, p. 48) assegura que:

[...] podemos afirmar que existe uma sociedade internacional, porque existem relações contínuas entre as diversas coletividades, que são formadas por homens que apresentam como características a sociabilidade, que também se manifesta no mundo internacional. A sociabilidade não existe apenas dentro das fronteiras de um Estado, mas ultrapassa tais limites.

Imaginar que um Estado seja a configuração máxima para organizar a vida em sociedade e que a ele cabe o exercício ilimitado do poder político, seria uma forma errônea de enxergar a evolução das estruturas e dos constructos sociais. Nas palavras de Suárez citado por Cretella Neto (2012, pág. 106) “a experiência demonstra que jamais um Estado conseguiu bastar-se a si mesmo, de forma a não necessitar de apoio recíproco, da associação com outros Estados e das relações mútuas [...]”. Desta forma pode ser entendida a sociedade internacional, ou seja o meio social no qual os atores com capacidade de agir internacionalmente – classicamente os Estados nacionais, mas sem esquecer outros agentes contemporâneos possíveis como empresas multinacionais, organizações intergovernamentais, organizações não-governamentais etc. – interagem entre si com o intuito de satisfazerem necessidades e de realizarem utilidades em benefício próprio e/ou da coletividade dos participantes da dita sociedade.

Mirando o livro de Galeano por este ponto de vista, já de pronto, aparece concretamente a primeira conexão da obra literária para o universo jurídico, pois, da literatura apontada, perfeitamente se extrai a noção de que os atores observados assumem papéis bem definidos dentro de uma arena metafórica que simboliza a sociedade internacional, além do fato de que alguns agentes – as potências europeias, os Estados Unidos, empresas multinacionais e algumas organizações internacionais (FMI e Banco Mundial, especialmente)– buscam incessantemente o protagonismo e o controle das ações internacionais no sentido de garantir o acúmulo de riquezas e a satisfação de interesses particulares, quase sempre de índole excludente e individualista. O conhecimento retirado das “veias abertas” coloca o leitor em condição de perceber que as relações internacionais são travadas em um meio social superior aos próprios Estados e capaz de impactar positivamente e/ou negativamente no contexto interno (nacional); tal lição é ministrada por Galeano não em uma linguagem hermética, nem a partir de uma teoria densa, mas sim de maneira popular, fazendo uso da observação de fatos históricos comprovados e da comunicação livre para aumentar a capacidade assimilativa do conhecimento.

Ao se afirmar que “as veias abertas” é um livro que plasma a arena política entendida como sociedade internacional, significa dizer que ele transmite impressões claras de como funciona tal meio social, como comportam-se determinados atores internacionais, como interagem poderes e interesses em um sistema-mundo².

Pois bem, uma vez compreendida a noção acima, é imperioso fixar a ideia de que o Direito Internacional configura a ordem jurídica da sociedade internacional, ou seja, é ele que pauta a licitude dos comportamentos desenvolvidos pelos agentes no âmbito das relações internacionais. Com isso, algumas características relativas ao referido ramo jurídico precisam ser mencionadas.

O recorte histórico engendrado nas narrativas contidas nas “veias abertas” – do século XVI até mais ou menos o meio do século XX – força a percepção do leitor a compreender que a sociedade internacional não permaneceu estanque com o passar dos anos, ao contrário, notabilizou-se pela extrema complexidade das relações mútuas existentes. Tal perspectiva forçou – e força até os dias atuais – a perpétua necessidade de atualização do Direitos Internacional, sob pena deste ramo da ciência jurídica perder a sua capacidade analítica e descolar-se da realidade da vida em coletividade.

² O termo “sistema-mundo” é aqui tomado em empréstimo de Wallerstein (2007).

Logo, da leitura da obra de Galeano, percebe-se uma fase clássica e também uma fase contemporânea do DI³.

Classicamente o Direito Internacional entendia o seu meio social como uma sociedade de Estados soberanos justapostos horizontalmente, isto é, uma sociedade exclusivamente interestatal, em que um Estado não se submetia à jurisdição de outro e onde todos os membros eram juridicamente iguais entre si. Outrossim, automaticamente, o DI era compreendido como um ramo interestatal – não era aplicável aos indivíduos *lato sensu* (pessoas físicas, pessoas jurídicas privadas ou públicas) – e que derivava da vontade e do consentimento dos atores internacionais estatais; assim, os tratados (consentimento expresso) e os costumes (consentimento tácito) eram as fontes verdadeiramente reconhecidas por este âmbito jurídico.

Em apertada síntese, o sistema clássico de Direito Internacional era interestatal, voluntarista e calcado no exercício absoluto da soberania nacional. Pois bem, é com tal contexto jurídico-político que, majoritariamente, os aportes literários de Galeano se depararam. Percebe-se que em sua maioria, especialmente aquelas encontradas na totalidade da primeira parte do livro, com título “A pobreza do homem como resultado da riqueza da terra” e também em grande fatia da segunda parte do livro, intitulada “O desenvolvimento é uma viagem com mais naufragos do que navegantes”, as narrativas e crônicas abarcadas por ele tentam lidar com eventos históricos impregnados pela perspectiva voluntarista dos Estados soberanos, onde as relações internacionais eram mantidas unicamente entre atores estatais para a consecução de uma necessidade/utilidade soberana, nacional e particular.

É relevante compreender que a clássica ordem política internacional era direcionada, dentre outros objetivos, para salvaguardar a unidade das instituições estatais nacionais, para reafirmar os princípios da territorialidade da obrigação política, da impessoalidade do comando público e da centralização do poder. Os elementos constitutivos do Estado, especialmente a soberania, estavam posicionados para fortalecer a coesão interna e afastar a ameaça estrangeira, além de sobrelevar a autodeterminação nacional. Em outras palavras, a normalidade era que membros da sociedade buscassem atuar internacionalmente com a mentalidade voltada para o

³ O presente artigo concorda com a perspectiva estabelecida por Mello (2000) no sentido de datar a fase clássica do Direito Internacional a partir da Paz de Vestefália (1648) até o entre-guerras (1918-1939), antes dessa época o DI havia passado por uma longa fase de gestação estritamente consuetudinária. A fase contemporânea inaugura-se após o fim da 2ª Guerra Mundial e estende-se até os dias atuais.

fortalecimento do contexto pátrio, motorizando o predomínio dos seus interesses no cenário externo e a busca pelo protagonismo hegemônico nas relações internacionais com o intuito de consolidar o nacional.

Os sujeitos internacionais que estivessem dispostos a engajar-se nessa sociedade de países, necessariamente teriam que posicionar-se na arena política e tentar interpretar o papel que lhe fosse possível dentro da coletividade, além de sujeitar-se às clássicas regras de Direito Internacional. Em tais condições, inescapavelmente, os atores estatais estariam submetidos ao direito exterior⁴, conforme a teoria voluntarista.

Exemplificativamente, aponta-se o artigo trigésimo quarto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ONU, 1969), onde: “um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento”. Significa afirmar que a vontade/consentimento dos participantes da relação internacional constitui elemento fundante para se estabelecer um vínculo de atributividade entre os atores sociais.

Em outras palavras, para integrar a sociedade internacional é condição *sine qua non* a vontade de participar dela e, conseqüentemente, a vontade de respeitar a sua ordem jurídica. A rigor, o voluntarismo é uma construção doutrinária clássica que visa explicar a origem da obrigatoriedade do Direito Internacional. Logo, uma vez que os participantes de tal meio social manifestaram livremente suas vontades soberanas no sentido de engajar-se coletivamente na referida arena, inclusive anuindo com as condições previstas nas relações ali desenvolvidas, resta então perfectibilizado o *pacta sunt servanda* na forma de um tratado ou de um costume internacional. Vattel (2008) atribui a obrigatoriedade em comento a uma acordo coletivo, ou seja, coletivamente os sujeitos participantes das relações exteriores reconhecem a validade do Direito Internacional e, conseqüentemente, ficam vinculados a cumpri-lo de boa-fé.

Para os sujeitos de DI, membros da sociedade internacional, o cumprimento do Direito externo não é uma opção, mas sim uma obrigação. O artigo vigésimo sexto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ONU, 1969) positiva tal entendimento com a seguinte redação: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. O artigo segundo, item dois, da Carta da ONU (1945)

⁴ Termo emprego no sentido sinônimo a Direito Internacional (DI).

vai no mesmo sentido⁵.

Contudo, a concepção clássica acerca do Direito Internacional precisou ser evoluída. Conforme dito anteriormente, uma vez que a sociedade internacional permanece em constante modificação, a sua ordem jurídica necessita acompanhar tal movimento sob pena de perder a sua legitimidade. Logo, em uma percepção contemporânea sobre o DI, mister se faz apontar uma significativa atualização no arcabouço internacionalista. Nas palavras de Mazzuoli (2013, p. 57)

A realidade atual do Direito Internacional Público, com a multiplicação das organizações internacionais e de outras coletividades chamadas de não estatais (como os beligerantes, os insurgentes, os movimentos de libertação nacional etc.), passa ao largo daquela realidade até então presente no cenário internacional do entre-guerras, que entendia esta mesma sociedade internacional como o conjunto de nações civilizadas [...]

Fato é que entidades das mais diversas naturezas e finalidades como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização Mundial do Comércio (OMC) etc., passaram a figurar com muita frequência nas relações exteriores e ganharam o reconhecimento dos demais sujeitos internacionais; em alguns momentos intervindo nos relacionamentos entre os Estados soberanos, em outros momentos tratando autonomamente de sua própria composição e da sua atuação para com outras organizações internacionais. A inclusão de mais sujeitos capazes de atuar internacionalmente, bem como a atualização das formas de atuação no âmbito exterior, forçou o âmbito jurídico a adaptar-se. Podesta Costa e Ruda (1988, pág. 3) esboçam uma caracterização mais atualizada acerca do DI, sendo ele: *“el conjunto de normas jurídicas que rigen la relación de los Estados entre sí y también la de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, poseen personalidad jurídica internacional”*.

No que se refere ao livro de Galeano, tal feição contemporânea do Direito Internacional pode ser reconhecida fluentemente na porção final da segunda parte da obra, mais precisamente no segundo capítulo, da segunda parte, intitulado “A estrutura contemporânea do despojo”. Em tal fragmento das “veias abertas”, os aportes literários dão conta das relações internacionais tidas entre alguns países da

⁵ Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: [...] 2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.

América Latina com organizações internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

Pois bem, ainda versando sobre a perspectiva contemporânea do Direito Internacional, outra atualização precisa ser entendida. A corrente voluntarista exposta anteriormente é muito importante para a consolidação de uma teoria geral acerca do DI, entretanto ela já não consegue explicar algumas situações encontradas na moderna sociedade. Por exemplo, se a obrigatoriedade do DI surge exclusivamente da autonomia de vontade estatal, como um país pode ser compelido ao cumprimento de uma regra internacional contra a sua vontade? Em razão de questionamentos como esse, o voluntarismo foi sucedido por uma outra vertente, fala-se aqui da corrente objetivista.

O objetivismo consiste em uma repaginação da teoria voluntarista, pois atribui a obrigatoriedade do direito internacional não só a vontade dos Estados nacionais, mas também aos apelos e as necessidades dos grupos humanos que compõem a sociedade internacional. Duguit (2009) chega a cunhar o termo “positivismo sociológico”. Fato é que mediante tal concepção doutrinária foi adicionado ao Direito uma dimensão ética, sensível às reivindicações sociais.

O mesmo Duguit (2009) esclarece que o substrato humano deve ser dominante nas relações exteriores e na regulação que o Direito proporciona, pois alguns preceitos fundantes da ordem internacional existem independentemente da vontade e do consentimento dos Estados, sendo eles naturais à própria condição humana e ao viver em sociedade. Com isso buscou-se conferir ao Direito Internacional uma libertação em relação às amarras estatais e reforçar a imperatividade normativa desse ramo jurídico.

Os aportes teóricos apontados até o presente momento sobre a ordem jurídica da sociedade internacional, tanto na perspectiva clássica quanto na contemporânea, desembocam em uma questão central do Direito Internacional, isto é, o princípio da soberania. Tema esse também abarcado nas “veias abertas”.

Sob um prisma clássico, mais atinente ao voluntarismo estatal, Rousseau (1989) entendia a soberania como uma energia coativa do agregado nacional, que exprime o supremo poder de autodeterminação do Estado, sendo ela una, indivisível e inalienável. Cretella Neto (2012, p. 107), por sua vez, explica que:

O conceito político-jurídico de soberania indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política. Isso significa que a noção está intimamente ligada à de poder político, sendo a racionalização jurídica desse poder, na medida em que envolve a transformação da força em poder legítimo, do poder de *facto* ao poder de *jure*.

A rigor, a soberania possuía feições superlativas. Conforme foi fixado anteriormente, o voluntarismo partia da premissa de que o Estado nacional vinculava-se à sociedade internacional devido a sua vontade soberana em participar deste meio social, ato contínuo o Direito Internacional era obrigatório aos países haja vista o *pacta sunt servanda* avençado e o compromisso assumido em respeitar tal ordem jurídica. Nesse contexto os aspectos volitivos dos Estados – manifestação soberana da expressão nacional – eram entendidos como absolutos, conseqüentemente tornando as relações exteriores estritamente individualistas/nacionalistas.

Em um cenário contemporâneo, mais afetado pela teoria objetivista, a questão da soberania continuava sendo um assunto central, todavia com feições mais brandas. Consoante foi explicado anteriormente, o objetivismo buscou adicionar uma dimensão ética às relações internacionais, mais suscetível aos apelos sociológicos dos grupos humanos que também passaram a integrar a sociedade internacional. Assim, as vontades soberanas dos Estados nacionais não mais poderiam ser a premissa maior da ordem jurídica em estudo. Nesse contexto o aspecto volitivo estatal passou a ser relativizado.

Em termos atuais, o Direito Internacional possui autonomia e obrigatoriedade quanto aos Estados, não sendo ele um refém das vontades e interesses nacionais. Teoricamente é seguro afirmar que o DI condiciona e relativiza a soberania estatal, mas sem anulá-la; muito pelo contrário, respeitando-a e posicionando-a em harmonia com a sociedade internacional e no sentido de privilegiar a substância humana nas relações exteriores. Significa dizer que a soberania encontra limite de atuação na própria ordem jurídica internacionalista, isto é, exemplificativamente, a soberania estatal será privilegiada desde que não conflite com patamares civilizatórios mínimos estabelecidos pela noção de paz mundial, pelo respeito aos direitos humanos, pela não proliferação bélica etc.

Pois bem, uma vez compreendida a conjuntura acima, a partir da noção de soberania absoluta e relativa, outro aporte teórico desdobra-se da leitura das “veias abertas”. Mister compreender mais dois princípios gerais de Direito Internacional, são eles a igualdade jurídica entre os Estados e a não-intervenção nos assuntos nacionais

dos países.

O artigo quarto da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados e sobre Asilo Político (OEA, 1933) preconiza que: “Os Estados são juridicamente iguais, desfrutam iguais direitos e possuem capacidade igual para exercê-los. Os direitos de cada um não dependem do poder de que disponha para assegurar seu exercício, mas do simples fato de sua existência como pessoa de Direito Internacional”. Na mesma vereda segue o artigo segundo, item 1, da Carta da ONU (1945)⁶. Tais diplomas internacionais apontam para um conceito teórico onde cada Estado-nação possui o mesmo “peso” jurídico no panorama da sociedade internacional.

Dito de outra forma, em teoria, as relações internacionais seriam pautadas na paridade de tratamento entre os sujeitos de DI, haja vista o reconhecimento e o respeito à soberania de uma nação organizada na forma de um Estado. A igualdade jurídica na sociedade internacional não significa afirmar que todos os países participantes tenham a mesma condição política, econômica e/ou social, mas denota uniformidade de procedimento entre os agentes internacionais no momento de relacionarem-se entre si.

Em outra vereda, o artigo oitavo da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados e sobre Asilo Político (OEA,1933) dita que: “Nenhum Estado possui o direito de intervir em assuntos internos ou externos de outro”. Da mesma forma atua o artigo segundo, item 7, da Carta da ONU (1945)⁷. Isto posto, a não intervenção em assuntos internos foi positivado como princípio geral de DI. Tal preceito também desdobra-se do respeito à soberania estatal, onde os agentes da sociedade internacional devem se abster de intromissões quando uma matéria for exclusivamente de alçada nacional.

De forma geral, essas foram as conexões mais fortes identificadas entre “as veias abertas” e a ordem jurídica da sociedade internacional. De agora em diante cumpre checar a (in)congruência entre as contribuições literárias e os aportes teóricos da dogmática jurídica do Direito Internacional.

⁶ A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.

⁷ A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: (...) 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

2 UMA CRÍTICA AO DIREITO INTERNACIONAL A PARTIR DE GALEANO

O panorama delineado nas “veias abertas” parte da perspectiva da formação do mercado mundial e do estabelecimento da divisão internacional do trabalho, resta claro na obra que o aparelhamento das estruturas capitalistas possuem suas gêneses na Europa e na América do século XVI. O desenvolvimento da noção de sociedade internacional muito se confunde com a própria expansão dos povos e dos Estados europeus pela face do globo, como também serviu de pilar para sustentar a construção do sistema capitalista mundial. Nas palavras de Galeano (2012, pág. 15):

Há dois lados na divisão internacional do trabalho: um em que alguns países especializam-se em ganhar, e outro em que se especializaram em perder. Nossa comarca do mundo, que hoje chamamos de América Latina, foi precoce: especializou-se em perder desde os remotos tempos em que os europeus do Renascimento se abalçaram pelo mar e fincaram os dentes em sua garganta. Passaram os séculos, e a América Latina aperfeiçoou suas funções. Este já não é o reino das maravilhas, onde a realidade derrotava a fábula e a imaginação era humilhada pelos troféus das conquistas, as jazidas de ouro e as montanhas de prata.

É correto compreender que, sob a lente do livro em foco, a sociedade internacional configura um meio social altamente heterogêneo. Ao observar-se os atores internacionais participantes das relações exteriores desde prismas econômicos, políticos, sociais e culturais, não seria estranho constatar que coexistem agentes com variados patamares e com interesses singulares. Em outras palavras, são sujeitos nacionais com diferentes capacidades para acumular riquezas e para mobilizar influência política sobre os demais compartimentos da sociedade internacional, tendo como intenção realizar suas próprias utilidades e necessidades.

Em grande medida, tal heterogeneidade acaba por fazer aparecer uma desigualdade social internacional responsável por atrasar determinadas regiões do globo terrestre, como por exemplo a América Latina. Consoante Galeano (2012, pág. 17) “[...] o desenvolvimento desenvolve a desigualdade [...]”. O referido fenômeno ocorreu ao mesmo tempo em que se consolidou o mercado mundial e ele continua o seu ciclo até a época atual, o veículo da dita desigualdade foi – e continua sendo – a divisão internacional do trabalho.

Nas palavras de Wallerstein (2007, p. 13), na divisão internacional do trabalho:

O centro caracteriza-se por seu progresso tecnológico, e a periferia fornece matérias-primas, produtos agrícolas e força de trabalho barata para os

investimentos de capital. O intercâmbio econômico entre periferia e centro é, por conseguinte, desigual, uma vez que a periferia tem de vender barato suas matérias-primas e produtos agrícolas e comprar caro as mercadorias produzidas pelo centro do sistema, desequilíbrio que tende a reproduzir-se, embora mutações históricas possam ocorrer. A semiperiferia é constituída por uma região de desenvolvimento intermediário, que configura não uma periferia para o centro, mas um centro para a periferia.

O passado histórico e a realidade contemporânea da América Latina são, deliberadamente, esquadrihados nas narrativas contidas nas “veias abertas”, tudo isso no sentido de apontar para a exploração ampla da referida região pelos agentes estrangeiros em nome de um suposto processo civilizatório. A obra de Galeano comprova de forma peremptória o desequilíbrio existente nas relações exteriores, corrobora vividamente a desigualdade da sociedade internacional, tanto na época da colonização quanto nos dias atuais. Tais verificações foram possíveis mediante a feitura de um estudo de caso, isto é, o estudo da América Latina.

Da observação do episódio latino-americano, do ponto de vista de Galeano, resta translúcido qual o formato de relacionamento possível entre países centrais (europeus e Estados Unidos) e países periféricos no seio da sociedade internacional; qual seja, uma relação de domínio político-econômico.

Consoante foi delineado na segunda seção do corrente artigo, Galeano não buscou amparo teórico para realizar uma construção científica, mas sim proceder uma abordagem empírica da observação de fatos passados. Com isso, a percepção que o livro em estudo traduz sobre a sociedade internacional é uma visão que não confirma a tecnologia legal elucubrada em sua ordem jurídica. Em outras palavras, “as veias abertas” questiona preceitos fundamentais do Direito Internacional e produz uma profunda crítica ao modo como eles são aplicados no meio social, especialmente as noções de soberania, de igualdade entre os Estados e de não-intervenção.

Em uma passagem do livro em foco, Galeano (2012, pág. 334) explica a América Latina como:

[...] Um arquipélago de países, desconectados entre si, nasceu como consequência da frustração de nossa unidade nacional. Quando os povos em armas conquistaram a independência, a América Latina aparecia no cenário histórico enlaçada pelas tradições comuns de suas diversas comarcas, exibia uma unidade territorial sem fissuras e falava dois idiomas fundamentalmente da mesma origem, o espanhol e o português. Porém nos faltava, como assinala Trías, uma das condições essenciais para constituir uma grande nação única: nos faltava a comunidade econômica.

Sobre a questão da soberania, “as veias abertas” atesta que os países latino-

americanos padecem de má formação desde o período das suas respectivas concepções e, ainda nos dias contemporâneos, apresentam sinais de atrofia que impedem o devido fortalecimento dos Estados nacionais. A presença estrangeira – principalmente a europeia – na região foi uma constante desde a época do descobrimento no século XVI e permanece atuante ainda no século XX (encerramento do livro).

No que concerne ao período colonial na América Latina (séc. XVI até meados do séc. XVIII), sob o ponto de vista do Direito Internacional, mister se faz fixar o entendimento de que as colônias americanas não eram sujeitos de Direito, pois não possuíam autonomia de território, não possuíam governos independentes, nem capacidade para atuar internacionalmente. Eram reconhecidas como meros anexos dos países metrópoles, logo a dominação de tais povos era direta e, declaradamente, contava com a tolerância da própria sociedade internacional da época. Em tal contexto não há como falar em soberania colonial, por isso também não há como falar da participação ativa delas no meio social em comento.

Juridicamente, no período colonial, a América Latina era tratada como *res* pelos países europeus, ou seja como uma coisa a ser explorada no que concerne aos seus recursos naturais e humanos. Sobre tal perspectiva Galeano (2012, pág. 41) escreve o seguinte trecho:

Os metais arrebatados aos novos domínios coloniais estimularam o desenvolvimento europeu e pode-se até mesmo dizer que o tornaram possível. Nem sequer os efeitos da conquista dos tesouros persas, que Alexandre Magno despejou sobre o mundo helênico, poderiam comparar-se com a magnitude desta formidável contribuição da América para o progresso alheio. Não ao da Espanha, certamente, ainda que à Espanha pertencessem as fontes de prata americana. Como se dizia no século XVII, “a Espanha é como a boca que recebe os alimentos, mastiga-os, tritura-os, para enviá-los logo aos demais órgãos, e não retém deles por sua parte, mais do que um gosto fugidivo ou as partículas que por acaso se agarram aos dentes”. Os espanhóis tinham a vaca, mas eram outros os que bebiam o leite. Os credores do reino, em sua maioria estrangeiros, esvaziavam sistematicamente a Arca Verde da Casa de Contratação de Sevilha, destinada a guardar sob três chaves, e em três mãos distintas, o tesouro que vinha da América.

Pois bem, somente após as colônias latino-americanas deixarem de ser possessões europeias e passarem a adquirir paulatinamente suas respectivas “independências”, é que tornou-se possível na região a reunião dos elementos constituintes do Estado, especialmente a soberania. Contudo, o processo de descolonização da América Latina não significou o fim da influência, nem da presença

estrangeira na região. Tal denúncia é feita nas “veias abertas”.

Segundo o prisma empregado na obra, mesmo após o fim da época colonial, a continuidade da intervenção europeia, especialmente a britânica, na América Latina foi responsável pelo aparecimento de Estados atrofiados do ponto de vista da hegemonia dos interesses legitimamente nacionais. Dito de outra forma, as repúblicas latino-americanas, mais a monarquia instaurada no Brasil, debutaram deficitariamente no contexto da sociedade internacional, pois não haviam estabelecido naquele momento governos capazes de perseguir soberanamente as necessidades e as utilidades nacionais. A sombra do imperialismo europeu fazia-se muito viva na forma de relações internacionais desequilibradas, onde os interesses estrangeiros condicionava a atuação dos países recém-nascidos e culminavam com a perpetuação da exploração ampla.

A soberania presente na América Latina era caracterizada pela formalidade jurídica e não pela manifestação concreta das vontades nacionais (voluntarismo). Os tratados internacionais, as declarações de independência, as constituições federais de cada Estado, todos esses instrumentos normativos atestaram a autonomia das nações regionais, todavia não impediram a continuidade da influência política e econômica do imperialismo europeu. A rudimentar sociedade internacional acatou de bom grado a entrada dos novos membros latino-americanos, inclusive garantindo a eles relativa e formal soberania, entretanto a condição foi que assumissem papéis periféricos e servientes as necessidades dos agentes centrais. Com isso, a dominação estrangeira deixou de ser direta para ser indireta, em nome do mercado mundial e por via da divisão internacional do trabalho. Galeano (2012, p. 16) assevera que:

Para os que concebem a História como uma disputa, o atraso e a miséria da América Latina são o resultado de seu fracasso. Perdemos; outros ganharam. Mas acontece que aqueles que ganharam, ganharam graças ao que nós perdemos: a história do subdesenvolvimento da América Latina integra, como já se disse, a história do desenvolvimento do capitalismo mundial. Nossa derrota esteve sempre implícita na vitória alheia, nossa riqueza gerou sempre a nossa pobreza para alimentar a prosperidade dos outros: os impérios e seus agentes nativos. Na alquimia colonial e neocolonial, o ouro se transforma em sucata e os alimentos se convertem em veneno. Potosí, Zacatecas e Ouro Preto caíram de ponta do cimo dos esplendores dos metais preciosos no fundo buraco dos filões vazios, e a ruína foi o destino do pampa chileno do salitre e da selva amazônica da borracha; o nordeste açucareiro do Brasil, as matas argentinas de quebrachos ou alguns povoados petrolíferos de Maracaibo têm dolorosas razões para crer na mortalidade das fortunas que a natureza outorga e o imperialismo usurpa. A chuva que irriga os centros do poder imperialista afoga os vastos subúrbios do sistema. Do mesmo modo, e simetricamente, o bem-estar de nossas classes dominantes –

dominantes para dentro, dominadas de fora – é a maldição de nossas multidões, condenadas a uma vida de bestas de carga.

Em tal panorama, seria correto afirmar que os países latino-americanos não assumiram a condição de nações periféricas conscientemente, nem mesmo por um fracasso civilizatório, mas sim por uma questão de condicionamento ao subdesenvolvimento haja vista a interferência padrão dos países centrais no decorrer da evolução da sociedade internacional. Ato contínuo, entende-se que no episódio da América Latina a soberania nunca foi um elemento material, concreto e com eficácia social, uma vez que as relações exteriores condenaram tal região ao papel de fornecedor de matéria-prima e de força de trabalho barata. Nas palavras de Galeano (2012, pág. 22) “tudo nos é proibido, a não ser cruzarmos os braços? A pobreza não está escrita nos astros; o subdesenvolvimento não é fruto de um obscuro desígnio de Deus...”. A desigualdade (econômica, militar, política, social etc.) entre os membros da sociedade internacional perpetuou o sistema de exploração ampla, condicionando os Estados latino-americanos a um processo de neocolonização, onde os interesses genuinamente nacionais e soberanos são encobertos por interesses estrangeiros veiculados mediante o engajamento deficitário em relações exteriores desequilibradas pelo desnivelamento do meio social internacional. Citando Galeano (2012, pág. 18):

[...] Incorporadas desde sempre à constelação do poder imperialista, nossas classes dominantes não têm o menor interesse em averiguar se o patriotismo poderia ser mais rentável do que a traição ou se a mendicância é a única forma possível de política internacional. Hipoteca-se a soberania porque “não há outro caminho”; os álibis da oligarquia confundem interessadamente a impotência de uma classe social com o presumível vazio de destino de cada nação.

Com efeito, a crítica retirada das “veias abertas” é que a noção de soberania conhecida pelos países latino-americanos sempre foi jurídica e formal, não havendo uma profundidade material do conceito apresentado na literatura especializada em Direito Internacional. Estudando-se o caso da América Latina percebeu-se que a questão da soberania e a vontade nacional destes países sempre foi desconsiderada pelas potências europeias e/ou pelos Estados Unidos sob a justificativa de um suposto processo civilizatório para o progresso da região, especialmente o desenvolvimento econômico. Em verdade existe um descolamento entre os aportes teóricos de DI e as narrativas e crônicas feitas por Galeano no que se refere à aplicação do referido princípio geral de Direito.

Ato contínuo, uma vez fixada a premissa da desconsideração da vontade soberana no contexto latino-americano, forçosamente também percebe-se que a crítica embutida nas “veias abertas” alargar-se para a questão da não-intervenção e da igualdade entre os Estados na sociedade internacional. O descolamento apontado anteriormente novamente repete-se quanto aos referidos princípios gerais de DI.

A ingerência estrangeira na América Latina ocorre desde a época do descobrimento. Em tempos coloniais tal ocupação era direta e legítima perante a sociedade internacional, contudo, com a consolidação da ordem jurídica internacional, tal intervenção passou a ser um ato ilícito neste meio social. Logo, tal ingerência passou a ocorrer de maneira indireta e utilizando-se de artifícios econômicos e políticos.

A não-intervenção internacional nos assuntos nacionais, conforme demonstrado na seção segunda deste artigo, é um preceito fundamental do Direito Internacional, inclusive sendo agasalhado pelo sistema jurídico interamericano e da própria ONU. Mesmo assim, as narrativas contidas na obra de Galeano indicam que tal princípio existe apenas em um contexto jurídico e formal, padecendo de uma eficácia concreta na sociedade internacional. A intromissão estrangeira na região latino-americana é incontestável.

Os episódios de ingerências cometidos pelos países centrais, especialmente Inglaterra e Estados Unidos, na América Latina são detalhados com vastidão nos aportes literários das “veias abertas”. Como exemplo, transcreve-se abaixo um trecho sobre a intervenção política e militar dos Estados Unidos no Chile, durante o governo de Salvador Allende. Galeano (2012, pág. 347) afirma:

As atas do Congresso dos Estados Unidos costumam registrar testemunhos irrefutáveis acerca das intervenções na América Latina. Corroídas pelo ácido da culpa, as consciências realizam sua catarse nos confessionários do Império. Ultimamente, por exemplo, multiplicaram-se os reconhecimentos oficiais que atestam a responsabilidade dos Estados Unidos por diversos desastres. Amplas confissões públicas têm provado, entre outras coisas, que o governo dos Estados Unidos participou diretamente, mediante suborno, espionagem e chantagem, na política chilena.

A estratégia do crime foi planejada em Washington. Desde 1970 que Kissinger e os serviços de informação preparavam cuidadosamente a queda de Allende. Milhões de dólares foram distribuídos entre os inimigos do governo legal da Unidade Popular. Assim é que, por exemplo, puderam sustentar sua longa greve os proprietários de caminhões, que em 1973 paralisaram boa parte da economia do país. A certeza da impunidade solta as línguas.

No que pertine ao princípio da igualdade jurídica entre os membros da sociedade internacional, a mesma perspectiva se repete. Depois da leitura das “veias abertas” normal que se questione a aplicação da referida regra fundamental no meio social.

A igualdade jurídica aparece no âmbito internacional como um preceito abstrato e teórico, de difícil materialização. Já foi dito nesse artigo que a igualdade em baila não é econômica ou política, ou mesmo social, mas sim estritamente legal uma vez que os sujeitos estatais desfrutam de iguais direitos e possuem a mesma capacidade para exercê-los. Contudo, é complicado separar a dimensão jurídica da dimensão política, pois, conforme assevera Kennedy (2012), Direito é política.

Consoante foi fixado anteriormente, a sociedade internacional historicamente foi estruturada de forma desigual, ou seja, existe uma estratificação entre os sujeitos de DI estatais onde os países centrais possuem uma condição político-econômica – e até mesmo militar – consideravelmente mais sólida do que os países periféricos ou semiperiféricos. Consequentemente, é inegável que tais potências mundiais possuem a capacidade de atuar internacionalmente em um nível superior em comparação aos demais membros da sociedade.

Por mais que a igualdade jurídica esteja em voga no meio social internacional, tal princípio não se mostra capaz de garantir o tratamento paritário entre os países nas relações exteriores. A igualdade jurídica não neutraliza a desigualdade política, econômica, militar e social.

Mais uma vez se revela um descolamento entre a teoria jurídica e a sua aplicação prática. Os aportes literários contidos nas “veias abertas” dão conta da desigualdade *lato sensu* existente na sociedade internacional, especialmente quando refere-se ao tratamento dado pelas organizações internacionais intergovernamentais aos países latino-americanos. São alvos das crônicas de Galeano o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. Transcreve-se o seguinte fragmento (GALEANO, 2012, pág. 287):

O FMI proporciona empréstimos ou dá a imprescindível luz verde para que outros os proporcionem. Nascido nos Estados Unidos, com sede nos Estados Unidos e a serviço dos Estados Unidos, o Fundo opera, de fato, como um inspetor internacional, sem cujo visto o sistema bancário norte-americano não afrouxa os cordões da bolsa; o Banco Mundial, a Agência para o Desenvolvimento Internacional e outros organismos filantrópicos de alcance universal também condicionam seus créditos à assinatura e cumprimento das Cartas de Intenções dos governos ante o onipotente organismo. Todos os

países latino-americanos reunidos não chegam a somar a metade dos votos de que dispõem os Estados Unidos para orientar a política deste supremo fazedor do equilíbrio monetário mundial; o FMI foi criado para institucionalizar o predomínio financeiro de Wall Street sobre o planeta inteiro, quando em fins da Segunda Guerra o dólar inaugurou sua hegemonia como moeda internacional. Nunca foi infiel ao amo.

Em termos contemporâneos, o surgimento das organizações internacionais impactou consideravelmente no sistema jurídico. O Direito passou a reconhecer tal constructo social como sujeito dotado de capacidade para atuar internacionalmente, pondo fim ao entendimento de que a sociedade era composta exclusivamente por Estados, logo o DI também passou a regular a constituição e o funcionamento das referidas entidades. Nessa vereda, as relações exteriores passaram a considerar não só os vínculos entre países, mas também entre países e organizações internacionais.

O fragmento transcrito acima exemplifica a diferença de tratamento recebido pelas nações latino-americanas em comparação aos Estados Unidos da América no âmbito do FMI. Tal diferença é estatutariamente prevista uma vez que as cotas monetárias integralizadas por cada nação é o critério para definir-se a quantidade de votos cabíveis a cada sócio do Fundo, isto é trata-se de um critério econômico de aferição.

A primazia de determinados países centrais faz com que os seus interesses e necessidades tenham um “peso” maior no seio da sociedade internacional, além de conceder um protagonismo difícil de não reconhecer no âmbito das relações exteriores. Conforme já foi dito, o princípio da igualdade jurídica entre os Estados não é de fácil materialização.

Pois bem, diante da sondagem realizada acerca das “veias abertas” resta incontestado que o referido livro está permeado de contribuições importantes ao Direito Internacional. Contudo, o que fica patente de forma mais essencial é o potencial crítico que os aportes literários ali contidos proporcionam ao leitor mais aguçado. Importante perceber que as crônicas realizadas por Galeano não são direcionadas ao universo jurídico, ele não se dirige a um público especializado, todavia a sua obra consegue provocar questionamentos e instigar o estudo reflexivo sobre o Direito e os seus institutos.

Seguindo essa vereda, é forçoso perceber que Galeano não produziu uma ponderação voltada para a ordem jurídica da sociedade internacional, perceptivelmente ele construiu uma obra focada na economia política presente nas

relações internacionais e no meio social onde elas ocorrem. Isso permite atestar que o DI é abalado por via de consequência pela perspectiva analítica engendrada no livro, mas ele não é o alvo central. A reflexão sobre o subdesenvolvimento na América Latina é o grande legado deixado pelas “veias abertas”.

Refletindo-se acerca da condição latino-americana tornou-se possível questionar sobre a eficácia social do Direito Internacional. Restou evidenciado no transcorrer do presente artigo que preceitos fundamentais do DI como a soberania, a igualdade entre os Estados e a não-intervenção possuem aplicação prejudicada quando observa-se o caso da região em foco. Com a publicação das “veias abertas” compendiou-se eventos históricos onde a ordem jurídica da sociedade internacional, simplesmente, tornou-se um conjunto de regras esvaziadas materialmente; um discurso político-jurídico retórico de alguns agentes internacionais.

Mesmo sob a égide contemporânea, onde o Direito Internacional procura orientar-se pelo prisma do positivismo sociológico, mais apegado aos apelos dos grupos humanos e a uma dimensão ética nas relações exteriores, muitas diretrizes fundantes da sociedade internacional como a paz mundial, a cooperação entre os países do globo, o respeito à soberania nacional, a igualdade, a não-intervenção, a deferência aos direitos humanos, entre outros, são colocados de lado ao observar-se comportamentos de determinados sujeitos de DI focados apenas na busca pela primazia dos seus próprios interesses político-econômicos, especialmente os países centrais considerados potências mundiais. O caso América Latina materializa tal perspectiva, o livro “As veias abertas da América Latina” denuncia a barbárie que ela representa.

3 CONCLUSÃO

Em qualquer área do conhecimento, em qualquer nível acadêmico; os clássicos da literatura mundial são inafastáveis. Livros como “As veias abertas da América Latina” são imortais, pois foram elevados à condição de patrimônio da humanidade. São obras tão significativas, tão ímpares, que não podem ser rotuladas como em uma catalogação bibliotecária, isto é: tal livro pertence à prateleira da antropologia; tal livro é de história; tal livro é jurídico; esse outro pertence às ciências tecnológicas...

Em outras palavras, são textos riquíssimos que podem ser compreendidos em várias dimensões, sob perspectivas múltiplas, com lentes variadas à depender dos interesses e/ou da formação do leitor. Não é prudente aprisionar o saber, muito menos querer isolá-lo em um estudo enciclopédico⁸. Utilizar os clássicos da literatura mundial com finalidades científicas é compactuar com uma formação holística, capaz de equipar o indivíduo estudioso com a habilidade de fazer conexões entre conteúdos, apto a produzir um raciocínio crítico e de entender melhor o mundo à sua volta. A literatura expande os horizontes da mente, estimula a curiosidade e o hábito de buscar informações, também ajuda a suavizar o formalismo acadêmico e a transmitir melhor o conhecimento, dada a sua forma livre de comunicar.

É sob tal prisma que recomenda-se a apreciação da obra de Galeano. Outrossim, foi com esse ponto de vista que o presente artigo buscou concordar, uma vez que atrelou o conteúdo literário em foco ao universo jurídico do Direito Internacional.

A partir da análise das “veias abertas” restou comprovada a sua conexão com a noção de sociedade internacional, ao compulsar os relatos históricos da obra fica perceptível ao leitor – seja ele leigo em Direito ou não – a existência de um meio social específico, onde desenvolvem-se as relações jurídicas entre os atores internacionais, sejam eles países, organizações internacionais, empresas multinacionais, organizações não-governamentais etc. O referido livro, em grande medida, materializa a sociedade internacional; ou seja, confere a ela feições concretas para que qualquer indivíduo seja capaz de senti-la por via da observação de suas manifestações no tempo e no espaço.

Igualmente, mediante a análise das “veias abertas” também foi realizável a conexão da obra literária em comento com a ordem jurídica da sociedade internacional. Alguns preceitos fundamentais do DI foram nitidamente identificados no transcorrer dos capítulos do livro, foram eles: a noção de soberania, a igualdade jurídica entre os Estados e a não intervenção nos assuntos nacionais dos países. Verdadeiros princípios norteadores do Direito Internacional que encontram guarida legal em célebres instrumentos normativos.

Todavia, as crônicas e narrativas encontradas nas “veias abertas” permitiram não só a simples identificação dos institutos jurídicos retro mencionados, mas também

⁸ Quando o conhecimento é tratado como em uma enciclopédia, onde cada tomo representa um compartimento estático e apartado dos demais, sempre organizado internamente, meramente, por critério de ordem alfabética.

proporcionaram vasto arsenal de cunho crítico no sentido de ofertar ao leitor subsídios válidos para a construção de uma posição antagônica ao modo de funcionamento do sistema-mundo implementado no seio da sociedade internacional. Tal crítica ao atual cenário internacionalista, por óbvio, pôde ser estendida ao próprio DI e aos seus constructos jurídicos de regulação da vida em coletividade.

Conforme foi visto, não faz parte do espírito encontrado na obra de Galeano reforçar um olhar estritamente tecnicista e formal acerca da sociedade internacional; ao contrário, a essência foi transmitir a percepção histórica de que a América Latina jazia de veias abertas haja vista a permanente condição de ingerência estrangeira e a usurpação dos seus recursos naturais em favor das grandes potências mundiais. Assim, a contribuição retirada do livro em comento foi no sentido de apontar a existência de um discurso retórico no que se refere ao emprego dos princípios gerais de DI citados anteriormente no contexto latino-americano. Dito de outra forma, existe uma debilidade na eficácia social dos preceitos fundamentais de Direito Internacional na região, pois a influência exterior atrapalhou – e continua a atrapalhar – o desenvolvimento soberano dos Estados nacionais, logo restando prejudicada a questão da não-intervenção e da igualdade entre os países.

O cerne dos aportes literários encontrados nas “veias abertas” dão conta de que as relações internacionais na América Latina precisam ser reconsideradas, já que, em muitas vezes, funcionam em descompasso com os valores fundantes da ordem jurídica clássica e contemporânea. Na obra em comento o passado é convocado para testemunhar no sentido de explicar o tempo presente, com isso percebe-se que o subdesenvolvimento latino-americano está diretamente conectado com o desenvolvimento das nações centrais e ricas do planeta. Por conseguinte, importantes constructos jurídicos contidos no DI – são exemplos a noção de soberania, a igualdade entre os Estados e a não-intervenção nos assuntos nacionais – não conseguem manifestar-se concretamente no meio social como deveriam e tornam-se vigentes apenas na retórica dos discursos políticos.

Paz mundial, cooperação entre os países, soluções pacíficas de controvérsias, respeito aos direitos humanos, entre outras; todas são diretrizes essenciais da sociedade internacional e da sua ordem jurídica, contudo não significam realidades acabadas e alcançadas pela raça humana. “As veias abertas da América Latina” delinea a trajetória de exploração dos povos latino-americanos e transmite a

mensagem de que a sociedade internacional ainda está longe de ser um meio social igualitário e fraternal.

REFERÊNCIAS

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional econômico**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**: Léon Duguit, tradução Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**: Eduardo Galeano, tradução de Sérgio Faraco. Rio de Janeiro: L&PM, 2012.

GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de América Latina**: cinco siglos de saqueo de un continente. 1. ed. 8 reimp. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**: Hugo Grotius, tradução de Ciro Mioranza. Florianópolis: Ed. Unijuí – Fondazione Cassamarca, 2004.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: Konrad Hesse, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**: Immanuel Kant, tradução Marcos Zingano. Porto Alegre/RS: L&PM Pocket, 2011.

KENNEDY, Duncan. **La enseñanza del derecho como forma de acción política**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre o direito dos tratados**. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em:
<http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção sobre direitos e deveres dos Estados e sobre asilo político**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

PODESTA COSTA, Luis; RUDA, José María. **Derecho internacional público**, tomo I. Buenos Aires: T.E.A, 1988.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

SARLO, Oscar. El marco teórico en la investigación dogmática. In: COURTIS, Christian (Ed.). **Observar la ley**: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006.

VATTEL, Emmerich de. **O direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes**: Emmerich de Vattel, tradução Ciro Mioranza. Florianópolis: Ed. Unijuí – Fondazione Cassamarca, 2008.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.

ADOÇÃO MULTIPARENTAL: A POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA ENTRE OS VÍNCULOS BIOLÓGICO E ADOTIVO À LUZ DO RE 898.060

Ana Beatriz de Queiroz Leite¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

A Constituição de 1988 alterou o conceito de família, sua função e seus valores, cedendo espaço a uma concepção mais igualitária e plural desse instituto, que passou a ser regido pelos princípios da dignidade, do respeito às diferenças e, entre outros, da afetividade. O núcleo familiar, então, deixa de ser definido pelos laços sanguíneos e passa a se organizar em torno das relações de afeto. Diante disso, no julgamento do RE 898.060, o STF decidiu ser plenamente possível a coexistência entre os vínculos biológico e socioafetivo, não delimitando, porém, se o mesmo se aplicava para filhos adotivos. Assim sendo, a presente pesquisa, através da utilização dos métodos indutivo, histórico e funcionalista, propõe-se a traçar as consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade frente ao instituto da adoção, vez que todo filho adotivo possui pais biológicos e socioafetivos. O que se observa, por sua vez, é que ainda que a lei estabeleça o rompimento dos vínculos biológicos no momento da adoção, mesmo antes do julgado do STF já se tinha notícia de decisões favoráveis ao entendimento de que o adotado pode optar pela manutenção dos vínculos com seus genitores em concomitância a seus pais adotivos, em respeito à dignidade e o melhor interesse do descendente. Logo, tudo isso leva a crer que se faz imperativo o reconhecimento desse direito aos filhos adotivos, seja no momento da adoção ou posteriormente, como forma de construir um Direito verdadeiramente plural e democrático que esteja à serviço da concretização dos princípios vigentes em nosso ordenamento.

Palavras-chave: Adoção. Multiparentalidade. Dignidade da pessoa humana. Melhor

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande Do Norte UNI-RN. Email: bialeite_97@hotmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande Do Norte UNI- RN. Email: rosangela.mrm@hotmail.com

interesse. Pluralidade das entidades familiares.

MULTI-PARENT ADOPTION: THE POSSIBILITY OF COEXISTENCE BETWEEN BIOLOGICAL AND FOSTER BONDS BASED ON EXTRAORDINARY APPEAL 898.060

ABSTRACT

The 1988 Constitution changed the concept of family, its function and its values, giving space to a more egalitarian and plural concept of this institution, which has become guided by the principles of dignity, respect to differences and, among others, affectivity. This way, the family nucleus is no longer defined by blood ties but by affective relationships. In this context, on the judgment of extraordinary appeal 898.060, the STF decides the coexistence between both biological and socio-affective bonds to be fully possible, not specifying, however, if the same applies to foster children. Therefore, this research, through the use of inductive, historical and functionalist methods, intends to trace the legal consequences of the multi-parent recognition related to adoption, since every adopted child has both biological and socio-affective parents. In fact, what is observed is that even though the law establishes the rupture of biological bonds at the adoption process, even before STF's judgment decisions were already favorable to the understanding that foster kids could choose to maintain the bond with their biological parents in concomitance with their adoptive parents, in the name of dignity and of the best interest of the child. Therefore, this all leads to the imperative need for recognition of this right to be given to foster children, either at the moment of adoption or even after that, as a way of building a truly plural and democratic Law ensuring the consolidation of our legal system principles.

Keywords: Adoption. Multi-parent families. Dignity of human beings. Best interest. Plurality of family entities.

1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito das Famílias foi a grande responsável pelo

reconhecimento do pluralismo dos diversos arranjos familiares, instituindo contornos que ultrapassam a consanguinidade e valorizam a convivência e o afeto. Nesse contexto, ser pai passou a significar muito mais que compartilhar do mesmo material genético que seu descendente.

Com efeito, a verdadeira paternidade é exercida por aquele que constrói com seu filho, através da convivência diária, laços de afeto, companheirismo, cuidado, doação e amparo, independentemente do que diz qualquer exame de DNA. É por essa razão que a paternidade socioafetiva e a biológica podem estar, ou não, reunidas em uma mesma pessoa.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 898.060, trouxe para o centro da discussão a valorização da subjetividade, do amor e da pluralidade das entidades familiares ao reconhecer a possibilidade de coexistência entre ambas as paternidades.

Dessa forma, como ficam as adoções perante o julgamento do RE 898.060 que reconheceu a multiparentalidade?

Partindo dessa pergunta a presente pesquisa visa traçar quais as consequências jurídicas desse reconhecimento frente ao instituto da adoção. A partir disso o que se pretende é analisar o histórico do afeto no seio familiar, buscando entender como ele se tornou o centro de sua organização atual, examinar o julgado do RE 898.060 que consolidou o reconhecimento da multiparentalidade e, por fim, explorar a relação dos princípios do Direito das Famílias com o reconhecimento da adoção multiparental.

Para isso, trata-se de uma pesquisa qualitativa na qual, para abordar o tema, foi escolhido o método indutivo, visto que o ponto de partida foi a análise do RE 898.060 que possibilitou o reconhecimento da multiparentalidade a fim de, em virtude da geração de vínculos socioafetivos e biológicos a partir da adoção tal como no caso apresentado ao STF, buscar-se a aplicação do mesmo entendimento a esse instituto.

Considerando os objetivos da pesquisa, os métodos de procedimento a serem utilizados foram o histórico, como decorrência da análise da evolução do afeto no seio familiar; e o funcionalista, como consequência da constatação de que, apesar de cada família ser diferente entre si, todas elas têm como função social proporcionar a realização do ser humano através de sua constituição.

Nessa perspectiva, discutir sobre a possibilidade de coexistência entre os vínculos biológico e socioafetivo na vida do adotado, uma vez que isso seja realidade já sedimentada, significa traçar um caminho em direção à busca pelo melhor interesse do descendente através da realização da dignidade humana e do direito à busca pela felicidade de cada um segundo seus propósitos.

Diante disso, em respeito à pluralidade das entidades familiares e aos vínculos que se constroem em torno delas, não se pode pretender encaixar cada família em modelos pré-concebidos pelo legislador. Em verdade, é o Direito que deve se adaptar à realidade, e não o contrário. Ora, se esta se mostra distinta da realidade das demais famílias, isso não deve ser motivo suficiente para que não lhes seja garantido os mesmos direitos.

Defender o reconhecimento da múltipla filiação para os adotados, portanto, significa empenhar-se no sentido de lhes atribuir os mesmos direitos que os demais filhos, de forma a consolidar a aplicação do princípio da igualdade e de tantos outros que norteiam o Direito das Famílias. Se antes a manutenção de mais de um vínculo no registro civil podia ser lida como forma de discriminação entre filhos naturais e adotivos, hoje isso perde totalmente o sentido depois do reconhecimento da multiparentalidade e cede espaço à noção de que aquele filho é verdadeiramente privilegiado por estar inserido em uma rede de amparo ainda maior.

A partir disso o presente trabalho se encontra organizado de forma inicialmente a abordar a evolução do Direito das Famílias e do instituto da adoção, traçando o caminho percorrido até se chegar à valorização do afeto como elemento constitutivo das entidades familiares.

Logo após foram apresentados alguns dos princípios que norteiam o Direito das Famílias, traçando-se paralelo entre cada um deles e o reconhecimento da adoção multiparental.

No capítulo subsequente o ponto de partida foi a análise do julgamento do RE 898.060 e cada um dos fundamentos que levou a Corte a decidir pela multiparentalidade. Em seguida, estabeleceu-se relação entre cada um deles e o reconhecimento da múltipla filiação aos filhos adotivos, trazendo como exemplo dois julgados.

Por fim, a possibilidade de coexistência entre os vínculos biológico e adotivo foi analisado, à luz de casos concretos, frente às adoções legal, unilateral e à

brasileira, dado seu caráter peculiar frente as demais modalidades de adoção.

2 DE PAPEIS SOCIAIS BEM DEFINIDOS À VALORIZAÇÃO DO AFETO

A preocupação maior do Código Civil de 1916, vigente até 2002, era com o patrimônio. Para ele, família era o instituto organizado unicamente em torno do casamento, originalmente indissolúvel (DIAS, 2014, p. 30). A ideia era de nuclearização da família – constituía-se por pai, mãe e filhos, onde o homem detinha o “pátrio poder”, era o chefe da sociedade conjugal e o administrador dos bens do casal e da mulher.

Caso houvesse qualquer divergência entre os cônjuges, era a decisão do homem que deveria prevalecer, mostrando a clara desigualdade que existia entre eles e a subordinação a que a mulher casada, vista como relativamente incapaz, estava submetida.

Quanto à filiação, o Código Civil de 1916 dava tratamento diferenciado aos filhos legítimos (provenientes do casamento), ilegítimos (provenientes de relações extraconjugais ou de pessoas unidas sem matrimônio), naturais e adotivos, deixando de atribuir-lhes os mesmos direitos.

Esse mesmo Código Civil inaugurou o conceito de desquite, fazendo com que fosse possível haver a separação de corpos, mas mesmo assim isso não representava a dissolução do vínculo matrimonial, devendo o culpado, aquele que o tivesse pedido, perder a guarda dos seus filhos, independente do bem-estar da criança.

Tratava-se, portanto, de uma família hierarquizada, patriarcal e engessada, a qual se organizava ao redor de papéis sociais bem definidos (GONÇALVES, 2015, p. 32). Não havia que se falar em famílias homoafetivas, pluriparentais, poliafetivas, monoparentais nem em outras formas de filiação que não fosse a biológica.

Aos poucos essa realidade foi mudando. Em 1962 surge o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), concedendo-lhe um pouco mais de autonomia com a concessão de alguns direitos e, gradualmente, começa haver maior preocupação com os direitos das crianças e dos adolescentes. Já em 1977 o desquite transformou-se em separação através da Emenda Constitucional nº 09, exigindo-se o decurso de alguns anos para que isso pudesse ser transformado em divórcio, mas ainda se falava em culpa.

Desse modo, a realidade social se alterou de tal forma que a Constituição de 1988 veio para alargar o conceito de família. O legislador colocou a pessoa no centro de suas preocupações, deixando o casamento de ser o elemento constitutivo do núcleo familiar. Foram atribuídos os mesmos direitos e deveres aos cônjuges, eliminando-se a chefia familiar. Às crianças concedeu-se proteção integral porque passaram a ser vistas como sujeitos de direitos, devendo todos os filhos ser tratados de maneira igualitária independente de sua origem. Sobre essa questão, preceitua Maria Berenice Dias (2014, p. 30):

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes mesmos direitos e qualificações (...).

Ainda, houve o reconhecimento do concubinato como entidade familiar a ser tutelada pelo Estado, termo esse que cedeu espaço para “união estável”, e, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, o reconhecimento do estado de filiação como direito imprescritível e indisponível (BARRETO, 2013, p. 212). Em 2010 a Emenda Constitucional nº 66 suprimiu o requisito da separação prévia, seja ela de fato ou judicial, para que pudesse haver o divórcio, passando a reconhecê-lo como forma válida de dissolver o casamento.

O Código Civil de 2002, nesse sentido, veio para ratificar todos os direitos conquistados com a Constituição de 1988, extinguindo o termo “pátrio poder” para substituí-lo por “poder familiar”. Cai a noção de falta conjugal, qual seja a culpa na separação, em detrimento ao melhor interesse da criança e o seu direito à convivência familiar, enquanto as hipóteses de adoção são ampliadas. O mesmo aconteceu com o parentesco, no qual, pela redação do artigo 1.593³, o termo do uso “de outra origem” deu margem ao reconhecimento de outras formas de relação (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 593).

Como alguns institutos ficaram de fora do texto constitucional e do Código de 2002, desde 1988 muitas das transformações legislativas se deram a partir da

³ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

interpretação normativa feita pelo Judiciário. Aos poucos foi se falando não mais em um direito “de família”, mas “das famílias”, como forma de reconhecer o pluralismo diante das possibilidades de sua organização. Sejam elas matrimoniais, por união estável, homoafetivas, poliafetivas, parelas, monoparentais ou anaparentais, todas merecem a mesma proteção. Delas resultam diversas formas de filiação, sendo uma delas a socioafetiva.

Assim sendo, como consequência de um conceito mais flexível, a família passou a se organizar em torno das relações de afeto.

Nesse sentido, chama-se de vínculo socioafetivo aquele fundado na convivência, na doação e no amor, independente de haver laço sanguíneo entre as pessoas envolvidas na relação (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 593).

Através do seu reconhecimento o que se busca é a realização pessoal de cada um e a felicidade mútua. Sobre o assunto, o STJ também é pacífico em entender que (BRASIL, 2017):

A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.

Com esse novo conceito, segundo Maria Helena Diniz, passou-se a vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É, segundo a autora, a convivência o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa e o instrumento para a realização integral do ser humano.

Nesse sentido, o filho que possui o uso do nome de família, o tratamento diferenciado e a visibilidade diante da relação com seu pai socioafetivo, de forma a preencher os requisitos para caracterizar a posse do estado de filho, pode buscar o reconhecimento desta forma de filiação, momento em que produzirá efeitos que incluem, entre outros, o direito à herança, de visitação e alimentos.

Disso decorre que a função de pai não necessariamente exerce aquele que gerou a criança, mas aquele que, fundado na boa-fé, constitui laço duradouro de assistência, respeito, afeição e cuidado com esta, como afirma Beatrice Marinho Paulo (*apud* MACIEL, 2017, p.188):

[...] “ser mãe”, “ser pai” ou “ser irmão” é algo que vai muito além de laços consanguíneos. É preciso tempo e disponibilidade. O compartilhar de

experiências, a vivência conjunta, o afeto trocado, as demonstrações de carinho e de preocupação, os cuidados e a proteção ofertados contam muitos pontos para que uma pessoa seja assim percebida pela criança e assuma esses papéis de grande importância em sua vida.

Em respeito a isso é que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a possibilidade de existência simultânea entre duas formas de filiação diferentes, a biológica e a socioafetiva, a uma mesma pessoa. A essa pluralidade que se estabelece nas relações de parentesco dá-se o nome de multiparentalidade, que gera vínculos maternos e/ou paternos em duplicidade, fazendo com que o mesmo filho possa ter até quatro filiações diferentes, produzindo efeitos e consequências jurídicas com relação a todos os envolvidos.

Isso, por sua vez, só confirma a ideia de que a família se identifica, nos dizeres de Maria Berenice Dias (2014, p. 58), “pela comunhão da vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca”.

Tal afirmação se torna ainda mais evidente quando nos deparamos com o instituto da adoção.

2.1 O HISTÓRICO DA ADOÇÃO NO BRASIL

Diz-se que a adoção cria um vínculo fictício de filiação entre adotante e adotado, de modo a introduzir naquela família, na qualidade de filho, pessoa que lhe é estranha (DIAS, 2014, p. 497). Assim sendo, o fator que as une não pode ser outro, senão o afeto construído no dia a dia. Mas nem sempre foi assim.

Antes do Código Civil de 1916, a adoção não era regulamentada por lei. O costume era deixar crianças de até sete anos na chamada “Roda dos Expostos”, rodas fixadas nos muros ou janelas de conventos feitas para assegurar o sigilo da identidade de quem as havia deixado para trás.

Com o Código Civil de 1916, a adoção passou a ser vista como meio de proporcionar aos casais a continuidade de suas famílias, com o intuito meramente de completar um casamento sem filhos. Por isso, só poderia adotar quem tivesse mais de cinquenta anos e não tivesse filhos, além de ser requisito necessário a diferença de, no mínimo, dezoito anos entre adotante e adotado. Os vínculos de parentesco, por sua vez, limitavam-se apenas aos adotantes, mesmo porquanto a adoção não

extinguia totalmente os vínculos biológicos. Quanto a isso, Carlos Roberto Gonçalves preceitua (2015, p. 388):

A adoção disciplinada no Código de 1916 não integrava o adotado, totalmente, na nova família. Permanecia ele ligado aos parentes consanguíneos, pois o art. 378 do mencionado diploma dispunha que “os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do natural para o adotivo”.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei 3.133, foi dado caráter filantrópico e humanitário ao instituto. A referida lei permitiu que mesmo os casais que já tivessem filhos biológicos pudessem adotar, desde que estivessem casados há, no mínimo, cinco anos. No que concerne à idade mínima para adotar, essa passou a ser de trinta anos, devendo o adotante ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado. Não havia que se falar, ainda, em equiparação entre os direitos dos filhos naturais e dos adotivos, ficando esses últimos excluídos da sucessão hereditária como exemplo disso.

Outra Lei de destaque sobre o assunto foi a nº 4.655 de 1965, que criou a legitimação adotiva, a qual era irrevogável, rompia os laços com a família natural e era um meio de proteção ao menor abandonado. O Código de Menores de 1979, por seu turno, manteve o instituto dando-lhe o nome de adoção plena, aplicável somente ao menor em “situação irregular”, subsistindo paralelamente a adoção disciplinada pelo Código Civil de 1916, chamada de adoção simples. Ainda, tornou necessária a comprovação de requisitos como idoneidade moral e atestado de sanidade física e mental para que fosse possível adotar.

Com o advento da Constituição de 1988, foi inaugurada a ideia de igualdade entre os filhos independente de sua origem, banindo do ordenamento qualquer tratamento discriminatório entre eles. O intuito da adoção passou a ser resguardar o melhor interesse da criança e os laços adotivos a se basearem no afeto, do mesmo modo que passaram a ser irrevogáveis e irretratáveis (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 908).

Em 1990, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção passou a ser sempre plena para todos os menores de 18 anos, tendo o Código Civil de 1916 continuado a disciplinar a adoção de quem estivesse fora desse grupo. Do mesmo modo, passou a ser obrigatória a intervenção do Judiciário

nos processos de adoção envolvendo crianças e adolescentes, e, entre outras inovações, a idade mínima para adotar passou a ser de 21 anos.

Em 2002 surgiu o novo Código Civil, que teve seu capítulo sobre adoção amplamente alterado pela Lei 12.010 de 2009, conhecida como Lei de Adoção, que alterou da mesma forma o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir de 2009, portanto, a idade mínima para adotar passou a ser de 18 anos, independente do estado civil, e foram criados cadastros nacionais de adoção para facilitar o processo. A adoção passou a ter caráter de excepcionalidade, devendo a criança ser retirada de sua família natural ou extensa apenas no caso de esgotamento das possibilidades de manutenção da criança em seu seio. Determinou-se que irmãos não poderiam mais ser separados, devendo ser adotados conjuntamente, além de que se tornou necessária a concordância expressa do adotado maior de doze anos. O procedimento judicial, por sua vez, fez-se necessário tanto para adoção de menores de dezoito anos, que deve seguir os procedimentos previstos no ECA, quanto para os maiores.

Importante mencionar que em 2017 recente alteração legislativa possibilitou, através da Lei 13.509/17, que aquela que desejar entregar seu filho para adoção seja encaminhada sem constrangimentos à Justiça da Infância e da Adolescência, garantindo-se a mãe o sigilo sobre o nascimento da criança e sua entrega para adoção (BRASIL, 2017).

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Através da atribuição de caráter normativo aos princípios jurídicos, a Constituição de 1988 inaugurou nova forma de se interpretar o Direito, de modo que estes passaram a orientar toda aplicação da lei ao caso concreto como forma de efetivação dos direitos fundamentais.

Pelo forte cunho axiológico que possuem, pode-se dizer que permitem a ampliação do sistema jurídico, razão pela qual se faz necessário entender os rumos a que podem levar os princípios que iluminam o Direito das Famílias.

3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade está previsto na Constituição como um dos fundamentos da República, e é a partir dele que irradiam diversos outros princípios e valores previstos no nosso ordenamento, como a igualdade entre os filhos e cônjuges, a afetividade e a liberdade em constituir a família que se quer, por exemplo.

É sob a ótica desse princípio que o homem passou a ser visto como um fim em si mesmo e a família se tornou lugar de afeto e realização pessoal, marcada pela busca da felicidade de seus membros. Isso se dá em virtude da necessidade de se garantir àquele indivíduo o mínimo para que ele possa existir no mundo de forma digna. Isso abrange, por sua vez, o direito de amar e ser amado diante da família que cada um escolheu formar e fazer parte, seja ela adotiva, natural ou multiparental.

A partir disso se pode chegar à conclusão de que é intrínseco ao princípio da dignidade que todas as famílias sejam respeitadas em sua individualidade, liberdade e diferenças, bem como todos os vínculos que se formam em torno delas. Imprescindível é que garantam o pleno desenvolvimento e a realização de todos seus membros, respeitando sua autonomia e vontades.

Assim se manifesta Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 72):

(...) o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

Tudo isso implica dizer que aquele que queira manter mais de um sobrenome em seu registro de nascimento tem esse direito, desde que essa seja a opção que melhor resguarde seus interesses, mesmo porquanto o nome é um dos direitos de personalidade que reflete a identidade do indivíduo.

3.2 MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse da criança surgiu como consequência da doutrina da proteção integral adotada pela Constituição Federal de 1988, que enxerga a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, protegendo a todos indistintamente, por isso de alcance universal.

Segundo esse princípio, o juiz deve decidir, diante das peculiaridades do caso

concreto, por aquilo que melhor resguarde os interesses do menor, de forma a promover a sua realização quanto indivíduo. O que se pretende, portanto, é garantir que essa criança ou adolescente chegue à vida adulta sob as melhores garantias morais e materiais (Vilela *apud* Pereira, 2004, p. 92).

Diante disso, antigamente, poderia ser que a permanência do sobrenome dos pais biológicos no nome do adotado significasse uma forma de distinção diante da nova família, de não integrá-lo totalmente a ela, mas hoje em dia isso perdeu totalmente o sentido.

Ter mais de um vínculo registrado na sua certidão de nascimento, depois do posicionamento do STF pela possibilidade da multiparentalidade, significa ter uma rede de proteção, afeto e amparo ainda maior, e não uma forma discriminatória de diferenciar os filhos naturais dos adotivos, realidade essa que bem atende aos fins sociais a que visa esse princípio.

3.3 AFETIVIDADE

A estrutura familiar se sustenta primordialmente pelo afeto entre seus membros e pela solidariedade recíproca, e isso não pode ser violado pela preponderância de nenhum outro interesse.

Independentemente de como se organiza, família deve ser definida como todo e qualquer núcleo em que haja afeto, de forma a garantir a felicidade e realização pessoal de seus membros. Por isso, não importa se a criança está registrada em nome de um pai e uma mãe, dois pais, duas mães ou dois pais e duas mães, desde que isso seja a opção que melhor reflita a realidade afetiva que se constitui em torno dela.

Trata-se de um princípio decorrente da própria dignidade da pessoa humana que se apresenta como o grande norteador do Direito das Famílias, fazendo com que elas sejam vistas não mais como um instrumento, mas como fins em si mesmas, voltadas a realizar os interesses existenciais e afetivos de seus integrantes. Mais que isso: estamos diante de um princípio que não só envolve os integrantes de uma só família, mas coloca humanidade em cada uma delas (DIAS, 2014, p. 73).

Outrossim, desde que houve sua democratização não há mais motivos religiosos, morais ou econômicos que justifiquem a união de diversas pessoas em um

só núcleo familiar, a não ser, única e exclusivamente, a comunhão de afeto e lealdade mútua.

3.4 PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES

Para o Código Civil de 1916 a família era definida pela existência, ou não, de matrimônio. Portanto, qualquer arranjo que fugisse desse modelo não poderia ser considerado família e não merecia a proteção do Estado.

Foi a Constituição de 1988 que alargou esse conceito e atribuiu mesma proteção jurídica às diversas constituições familiares, respeitando-se cada uma de suas diferenças e peculiaridades.

Partindo-se disso, a interpretação da norma constitucional deve lhe conferir o maior alcance possível, como meio de concretização da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, qualquer que seja a conjuntura que adote, é dever do Estado a sua igual proteção.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 58) afirmam:

Com efeito, o conceito trazido no caput do art. 226 [da Constituição Federal] é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Dessa forma, são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal. Consoante preleção de Paulo Luiz Netto Lôbo "(...) Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana".

Diante disso, uma das possíveis conjunturas que a família atual pode ter é a de convivência do adotado com seus pais biológicos e adotivos, de forma a manter um relacionamento de afeto com cada um deles.

Em respeito a esse princípio, essa é uma possibilidade que deve ser contemplada e protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o conceito de família não diz respeito a um instituto engessado de rol taxativo, mas sim como organismo apto a abarcar as diversas realidades sociais existentes.

3.5 SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A convivência em família pressupõe a troca de afeto e responsabilidades. Partindo disso, o princípio da solidariedade familiar assegura obrigações recíprocas entre seus membros, de forma a garantir que o lar seja um lugar de assistência e cooperação.

Disso, por exemplo, é que decorrem as obrigações previstas na Constituição de prestar alimentos entre os parentes, o dever de assistência aos filhos até que atinjam a vida adulta e de amparo às pessoas idosas, bem como a colaboração entre cônjuges e companheiros na direção da família e a mútua assistência entre eles prevista no Código Civil.

Através de um modelo familiar fraterno e igualitário, mais uma vez o indivíduo é colocado como protagonista diante das preocupações do legislador, como afirma Paulo Lôbo nos anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família (2007).

Por essa razão, uma vez reconhecida a possibilidade de manutenção do vínculo biológico diante da adoção, isso implicaria dizer que aquela criança ou adolescente estaria inserida em uma rede solidária ainda maior, exposta a cuidados e amparo integrais. Isso porque, caso um dos pais não possa cumprir com suas obrigações perante o filho (nos casos de pensão alimentícia e sucessão hereditária, por exemplo), a possibilidade de assistência é mais ampla quando se tem mais pessoas a quem recorrer que são igualmente responsáveis por ele.

Inegável, portanto, que dessa forma estaríamos resguardando o melhor interesse da criança e sua dignidade, tornando a família instituto cada vez mais democrático.

3.6 PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Segundo o princípio da paternidade responsável, os pais devem assegurar aos seus filhos assistência moral, intelectual, afetiva e material, de forma a proporcionar a concretização de todos os seus direitos previstos na Constituição.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 103), isso implica em planejamento familiar, a fim de que se evite “a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e manutenção”.

Logo, ser pai demanda planejamento e responsabilidade, tanto para aquele que gera filhos naturais como para o que os adota, não importando a origem desse parentesco para definir suas obrigações enquanto pai.

À luz desse princípio, nos casos em que o filho adotivo mantém vínculos de afetividade tanto com a família biológica quanto com a adotiva, não seria correto se eximir da responsabilidade de reconhecê-lo juridicamente, mesmo porquanto isso o deixaria em situação de desamparo, uma vez que a paternidade seria exercida de fato, mas não de direito.

Diante desses casos, o princípio da paternidade responsável vai mais além e implica não só em prover assistência material, moral, intelectual e afetiva, mas também em dar o seu nome à criança que lhe atribui o papel de pai, seja você quem a gerou ou quem a adotou.

Ademais, a paternidade responsável, também, foi um dos fundamentos utilizados pelo STF para reconhecer a multiparentalidade no julgado que ora se passa a analisar.

4 A RELAÇÃO ENTRE AS FILIAÇÕES BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA NO ENTENDIMENTO DO STF: UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060

Ao longo dos anos a jurisprudência foi se sedimentando no sentido de fazer prevalecer a paternidade socioafetiva sempre que ela fosse colocada em cheque com a biológica, pois assim se pensava estar resguardando o melhor interesse da criança, uma vez que a verdadeira paternidade é uma construção social que independe dos vínculos naturais (CASSETTARI, 2017, p.98).

Aos poucos começou a surgir posição divergente, que sinalizava pela coexistência entre os vínculos biológico e socioafetivo sem que um excluísse o outro.

Em setembro de 2016 o Supremo Tribunal Federal (STF) colocou fim a essa discussão quando julgou, em sede de repercussão geral, o Recurso Extraordinário nº 898.060, levando em consideração, principalmente, os princípios da dignidade humana e da paternidade responsável.

No presente caso, o recorrente, pai biológico da parte autora, dissonava do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que

reconheceu sua paternidade, com todos os efeitos materiais cabíveis, a despeito do vínculo parental socioafetivo existente entre a autora e outro homem, com o qual ela não pretendia desfazer os vínculos.

Buscava o genitor, portanto, a preponderância da paternidade socioafetiva sem que fosse reconhecida sua paternidade e os efeitos patrimoniais dela decorrentes. A justificativa para isso apresentada pela defesa, como ressalta Christiano Cassettari (2017, p. 99), foi de que assim se estaria impedindo que o indivíduo optasse pelo reconhecimento ou não da paternidade por mera conveniência, visando os efeitos patrimoniais que disso seriam gerados.

Esse, entretanto, não foi o posicionamento adotado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que atuou no processo como *amicus curiae*, nem da Procuradoria Geral da República. Para ambos, apresenta-se como perfeitamente possível o reconhecimento jurídico de mais de uma forma de filiação, mesmo porquanto a Constituição ampara e protege todo e qualquer modelo familiar. Como bem defende o IBDFAM, não poderia haver qualquer hierarquia entre os diferentes tipos de filiação. Do mesmo modo, para o Procurador Geral da República, o melhor interesse da criança, representado pela discussão sobre qual dos vínculos deve prevalecer, precisa ser auferido segundo o caso concreto, não de forma abstrata e estática.

O relator do caso, Ministro Luiz Fux, por sua vez, adotou o entendimento de que o ser humano deve ser visto como fim em si mesmo, e não como um instrumento para o Direito. Disso decorre seu direito de autodeterminação e busca pela felicidade diante da escolha dos seus objetivos de vida, de forma que não cabe ao legislador impor obstáculos a isso. Vejamos o que diz o Ministro em seu voto (BRASIL, 2016):

(...) Cuida-se, assim, da assunção, pelo ordenamento jurídico, de que a eleição das próprias finalidades e objetivos de vida do indivíduo tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador. No campo da família, tem-se que a dignidade humana exige a superação de óbices impostos por arranjos legais ao pleno desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais.

(...)

É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente.

Assim, não se pode querer encaixar os diversos tipos de família existentes no mundo fático em modelos pré-concebidos pelo legislador. É preciso que se resguarde a liberdade de escolha de cada um sobre a melhor maneira de se viver, garantindo-se, assim, a realização de uma vida digna e um ordenamento que respeite a individualidade e identidade de cada membro familiar.

Seguindo o entendimento do IBDFAM, o Ministro Luiz Fux decidiu que não há que se falar em hierarquia entre as diferentes formas de filiação, uma vez que merecem igual proteção legal.

Como consequência disso, o princípio da paternidade responsável implica dizer que ambos os pais têm obrigações perante seu filho, não podendo o pai biológico usar como argumento o fato de que ele foi criado por outro para se eximir de suas responsabilidades, pois, nos dizeres da Ministra Carmem Lúcia (*apud* CASSETTARI, 2017, p. 99) “o amor não se impõe, mas o dever de cuidado, sim”.

Tendo sido negado provimento ao Recurso Extraordinário nº 898.060 por maioria no Supremo Tribunal Federal, os Ministros decidiram pela possibilidade de concomitância entre as paternidades biológica e socioafetiva sempre que isso represente o melhor interesse do descendente, de forma que ambas produzam seus efeitos, passando a reconhecer, assim, a multiparentalidade.

Baseado nisso, a tese fixada em repercussão geral para ser aplicada a casos semelhantes foi a seguinte (BRASIL, 2016): “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios”. Que isso seja aplicado, portanto, aos casos de adoção.

5 ADOÇÃO MULTIPARENTAL

Como se sabe, a adoção é uma forma de parentesco eletivo que gera vínculos baseados unicamente no afeto. Eis a razão, portanto, pela qual se pode dizer que representa a consagração da filiação socioafetiva e um exemplo desta, uma vez que se constitui de fato a partir da doação e da convivência diária.

A despeito disso, o julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 deixou uma lacuna importante quanto a esse instituto. A partir da leitura do seu acórdão não se pode extrair se suas disposições permanecem inalteradas ou se, a partir de

agora, o filho adotivo também pode pleitear o reconhecimento jurídico simultâneo dos vínculos biológico e afetivo.

O que se espera é que a adoção receba o mesmo tratamento jurídico, dando aos filhos adotivos, de modo geral, a possibilidade de escolha pela compatibilidade entre o nome de seus genitores e o de seus pais adotivos. É evidente, no entanto, que em se tratando de crianças que foram adotadas quando ainda muito pequenas essa escolha perde o sentido, restando-lhes apenas o direito de investigar sua origem.

Por outro lado, se essa criança cresce e passa a conhecer seus genitores, desenvolvendo com eles, em concomitância com os laços que possui com seus pais adotivos, relação de profundo afeto e participação na vida uns dos outros, nada impede que essa escolha pela coexistência entre ambos os vínculos se dê em momento posterior à adoção.

Nesses casos, é possível que se chegue à multiparentalidade inversa, como ocorreu em 2017 na Paraíba, nos autos do processo nº 0036184220158152003, no caso de uma mulher que foi criada pelos pais até os sete anos de idade, até que sua mãe veio a falecer e seu pai teve dificuldade para criar todos os filhos. Alguns deles foram, então, morar com outros parentes, e ela com uma prima do pai. Apesar disso, nunca deixou de conviver com ele nem com seus irmãos.

Depois que completou dezesseis anos, sua responsável resolveu regularizar a situação, entrando com um processo de adoção e pedido de guarda provisória, que só foi apreciado onze anos depois, quando já estava com vinte e cinco anos e casada.

O fato de perder o nome dos seus pais biológicos feriu profundamente sua identidade e a fez sentir como se estivesse menosprezando o amor que recebeu deles, o que a fez ingressar no Judiciário com uma ação para acrescentar o nome dos genitores em seu registro civil.

A juíza Ângela Coelho de Salles, da 5ª Vara do Foro Regional de Mangabeira na Paraíba, julgou procedente a ação, reconhecendo a paternidade socioafetiva com relação aos pais biológicos em modalidade inversa de multiparentalidade, já que a mãe cuidou dela enquanto viva e a convivência com o pai nunca se perdeu, mantendo os vínculos estabelecidos com a adoção.

O caso serve para exemplificar que não se pode partir do pressuposto de que toda adoção deriva do descaso dos pais biológicos para com seus filhos. Trata-se de um instituto deveras complexo que tanto pode ser oriundo da vontade dos genitores

quanto alheio a isso, como acontece nos casos de destituição do poder familiar, por exemplo. Ainda nesses casos extremos, isso não quer dizer que não haja afeto entre a criança ou o adolescente e seus pais, devendo ser respeitada a sua vontade diante da escolha pela manutenção de seus vínculos biológicos quando colocados em família substituta, principalmente porque o nome é um direito de personalidade que se reflete na individualidade de cada um.

Logo, tanto nessas situações como no julgamento do RE 898.060 o que se busca é o mesmo: a coexistência entre os vínculos biológico e socioafetivo. Desse modo, a fundamentação utilizada pelo STF para justificar a multiparentalidade é a mesma que legitima a adoção multiparental.

Assim como no julgado do Supremo, o que aqui se coloca em xeque é o respeito à pluralidade familiar e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que por sua vez está subordinada à realização da busca pela felicidade de cada um segundo seus propósitos.

Se a tese aprovada em repercussão geral na análise do RE 898.060 representa um passo rumo à materialização de um direito das famílias efetivamente plural e democrático, então porque não aplicar esse entendimento aos casos de adoção? Não se pode ignorar as mudanças que têm ocorrido na sociedade, uma vez que é ela própria que faz surgir o Direito.

Do mesmo modo, essa possibilidade encontra sustento no respeito ao princípio do melhor interesse, pois não cabe ao Direito se apropriar da história dos indivíduos para determinar qual dos vínculos deve prevalecer, especialmente se é de sua vontade que ambos coexistam harmonicamente.

Outrossim, uma vez reconhecida a possibilidade de coexistência entre ambos os vínculos, o filho adotivo estará amparado moral, material, intelectual e afetivamente por uma rede ainda maior, em consonância com os princípios da paternidade responsável e da solidariedade familiar.

Cumprе ressaltar que antes mesmo do julgamento do RE 898.060 já se tem notícia de decisões favoráveis a esse entendimento.

Em 2013, no Recife, o juiz Clício Bezerra e Silva, da 1ª vara de Família, nos autos do processo nº 0034634-20.2013.8.17.0001, reconheceu a possibilidade de retificação do registro civil no sentido de acrescentar o nome do pai biológico ao de sua filha, que havia sido dada para adoção sem seu consentimento, em

simultaneidade ao nome dos pais adotivos e com a concordância de todos os envolvidos.

Ficou provado no curso do processo que a parte autora, Maria Clarinda Ribeiro Duarte, sempre conviveu com seu pai biológico, possuindo laços afetivos tanto com ele quanto com sua família adotiva, chegando, inclusive, a morar com seu genitor por cinco anos na cidade de São Paulo. Não obstante possuísse dois pais presentes em sua vida, seu registro de nascimento não refletia a realidade fática, o que, como alegado pela própria requerente, representava uma afronta a sua dignidade (BRASIL, 2013).

Essa tese, por sua vez, foi acolhida pelo juiz, que se utilizou de uma interpretação pluralista dos dispositivos constitucionais para permitir a consignação em registro da dupla paternidade já existente no mundo fático, com o escopo apenas de confirmar o que já havia sido livremente construído pelas partes. Vejamos o que levou o magistrado a essa conclusão (BRASIL, 2013):

No caso dos autos, o pleno exercício da parentalidade, revelado pelo cuidar, prover, educar, que é inerente ao próprio ser humano, foi duplamente exercido pelo pai adotivo e pelo genitor, que, lado a lado, acompanharam o desenvolvimento da autora. A verdadeira paternidade se consolida por meio das relações de carinho, acolhimento, confiança, de um bom exemplo dado, momento em que os filhos encontram nos pais a figura de referência em suas vidas. Essa identidade há de ser protegida pelo direito. A par disso e de outra banda, poder-se-ia questionar uma eventual incompatibilidade ou mesmo impossibilidade de atendimento do pleito, ante a negativa de aceitação do pai registral e adotivo, bem como pelo fato de preexistir no assento registral a definição da filiação paterna. Contudo e ao revés, não é o que se observa no presente processo e na realidade fática. Além de estar demonstrada a paternidade, bem como o espírito colaborativo e de afeto de ambos os pais na trajetória de vida da autora, o Sr. Raimundo Ribeiro Duarte e Sra. Lucila Pereira Duarte, subscrevem termo expresso de anuência ao reclame da filha (fls. 17), tão somente para traçar contornos formais ao que no coração já era uma evidência.

(...)

A presente decisão tem por escopo chancelar, juridicamente, o que no mundo dos fatos é irreversível, o exercício da multiparentalidade, escolha já realizada pelos requerentes. Não proclamar tal pretensão corresponderia a uma usurpação principiológica da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF/88), e dos direitos fundamentais à igualdade (art. 5º, caput e I, CF/88), liberdade, e, por fim, da própria matriz estruturante do Estado Republicano de Direito: a democracia.

Não é de se estranhar que casos semelhantes venham tendo o mesmo desfecho. Ora, em um país como o nosso, em que há diversas crianças e adolescentes sem pai e sem mãe, vivenciar a experiência da dupla paternidade/maternidade é um verdadeiro privilégio, de forma que isso não pode ser ignorado pelo Direito, quiçá

as relações já sedimentadas no seio familiar (CASSETTARI, 2017, p. 106).

É verdade, por outro lado, que a possibilidade de multiparentalidade face aos diferentes casos de adoção merece ser analisada com mais empenho.

6 A MANUTENÇÃO DO VÍNCULO BIOLÓGICO FRENTE AOS DIFERENTES TIPOS DE ADOÇÃO

O *caput* do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴ estabelece que a adoção extingue qualquer vínculo entre o adotado e sua família biológica, salvo para fins de impedimentos matrimoniais.

De início o que se pode extrair do referido artigo é que a adoção seria incompatível com a possibilidade de multiparentalidade, sendo assegurado por lei aos filhos adotivos o conhecimento de sua origem, ignorando-se, todavia, os efeitos do parentesco (VALADARES, 2017, p. 29).

Entretanto, o que se sabe é que a aplicação pura e simples desse artigo não seria a melhor solução para resguardar o interesse dos envolvidos e, mais ainda, sua dignidade.

Se há na vida daquele indivíduo que pleiteia o reconhecimento simultâneo das filiações biológica e adotiva dois pais ou mães que se fazem presentes de forma a ter construído com ele uma relação sedimentada baseada no afeto, doação, solidariedade e companheirismo, a aplicação da lei ao caso concreto não pode se eximir de encontrar a resposta mais adequada para esses casos.

É baseado nisso que, de forma contrária ao impedimento legal do artigo 41 do ECA, e provando que a realidade familiar não pode ser reduzida a modelos pré-concebidos pelo legislador, a magistrada Ângela Coelho de Salles, nos autos do processo nº 0036184220158152003 já anteriormente esposado, decidiu por reconhecer a possibilidade de multiparentalidade, optando por caminho inverso ao admitir a inserção dos dados dos pais biológicos no registro civil de sua filha com fundamento na socioafetividade que haviam construído com ela, forma de filiação esta que encontra previsão no Código Civil.

Como se sabe os fatos são sempre precípuos ao Direito, o que só torna ainda mais importante que ele seja sensível aos anseios da sociedade. É imprescindível, por

⁴ Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

outro lado, que haja a atualização legislativa devida para que ele possa encontrar consonância com a realidade e passe a garanti-la.

A importância disso se mostra especialmente quando nos deparamos com os casos de adoção unilateral e adoção à brasileira, visto seu caráter peculiar diante das demais modalidades de adoção.

Quanto à adoção unilateral, pode-se dizer que esta se constitui no momento em que o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro sem precisar passar pelas filias de adoção, como decorrência do vínculo construído com o adotado a partir da convivência com seu genitor.

Esse tipo de adoção, segundo Maria Berenice Dias (2014, p. 503), afigura-se como sendo possível nos casos em que em que o filho é reconhecido por apenas um dos genitores, quando um deles já faleceu, ou mesmo com sua concordância quando for reconhecido pelos dois, mas de toda forma, segundo a lei, resulta no rompimento dos vínculos com apenas uma linha de ascendência, o que a faz também ser conhecida como adoção semiplena.

A despeito disso, o juiz Sérgio Luiz Kreuz da Vara da Infância e Juventude da comarca de Cascavel, Paraná, nos autos do Processo nº 0038958- 54.2012.8.16.0021, viu-se obrigado a encontrar solução diversa daquela apresentada pela lei para tornar possível a concretização do melhor interesse do adolescente.

Tratava-se de um pedido de adoção unilateral feito pelo padrasto do menino de quinze anos, com quem convivia desde que tinha três anos, e que contava com a anuência do pai biológico.

Como se depreende dos autos, na ocasião da separação dos pais a guarda do menino permaneceu com a mãe, e seu novo companheiro cuidou dele como se filho fosse. Apesar disso nunca deixou de conviver com seu pai, que o visitava todos os finais de semana.

Não obstante chamar os dois homens presentes em sua vida de “pai” e pretender que essa situação de fato estivesse estampada em seu registro civil, o adolescente, seus pais e seu padrasto, ignorando a possibilidade de uma solução alternativa, já haviam decidido por qual filiação fariam prevalecer, ainda que ela não atendesse por completo a vontade de todos. O pai biológico, por sua vez, apesar de deixar registrado que amava muito seu filho e que gostaria de manter sua paternidade no registro ao lado da do requerente, com quem sabia que o menino

estaria em boa companhia, resolveu abrir mão disso em nome de seu interesse. O adolescente, por outro lado, parecia estar constrangido e em sofrimento com a situação.

É por essa razão que o juiz retrata como sendo “indescritível” a reação de alívio e felicidade de todos os envolvidos no processo, em especial do adolescente, quando o Ministério Público sugeriu que fosse reconhecida a paternidade socioafetiva do padastro sem que fosse excluída a filiação biológica.

Foi nesse sentido que o juiz decidiu, julgando procedente o pedido de adoção unilateral ao mesmo tempo em que determinou a manutenção do vínculo biológico no registro de nascimento do menino, de forma a reconhecer juridicamente a dupla paternidade existente. Segundo ele (BRASIL, 2013):

Excluir um deles da paternidade significaria privar o adolescente da convivência deste, pois certamente haveria um afastamento natural, o que só viria em prejuízo do próprio adolescente.

(...)

Por tais razões, levando também em consideração a importância que o registro representa para o adotando, que não há prevalência entre a paternidade exercida pelo requerente (socioafetiva) e pelo genitor (biológica e socioafetiva), em especial, que o registro deve representar o que ocorre na vida real, não vejo razão para que não constem do registro o nome dos dois pais. Nenhum prejuízo advirá ao adolescente em razão deste fato, pelo contrário, só lhe trará benefícios.

Como se vê o referido *decisium* encontra seu fundamento na afetividade, igualdade e no melhor interesse do adolescente, provando, mais uma vez, que o reconhecimento da dupla paternidade se torna imperativo quando consideramos que cada um tem a liberdade de viver segundo seus propósitos.

Reconhecer isso, então, implica na concretização da dignidade dos envolvidos, ainda mais se pensarmos que o registro de nascimento deve espelhar a realidade e que o nome é elemento constitutivo da identidade de cada um.

Com relação à adoção à brasileira, não poderia ser diferente. Trata-se da prática ainda comum no país de registrar como sendo seu o filho de outrem, ainda que isso constitua ilícito penal, assumindo-se a paternidade ou maternidade daquela criança sem que isso se estabeleça através do devido processo de adoção.

Tal fato produzirá todos os seus efeitos legais e se tornará irrevogável, de forma que não será admitido, posteriormente, pleito do pai registral para anular o registro de nascimento por mero arrependimento. Isso porque não se pode desfazer

um ato em que não houve vício de vontade, quiçá que tenha gerado consequências dessa magnitude ao longo do tempo na vida do “adotado” (RIZZARDO, 2014, p.536).

O juiz Clayton Rosa, da 5ª Vara de Família de Belo Horizonte, Minas Gerais, deparou-se com situação assim. No caso dos autos do processo 1133652-24.2011.8.13.0024, o pai biológico entrou com ação de reconhecimento de paternidade cumulado com retificação de registro civil para que fosse declarada e averbada na certidão de nascimento do seu filho sua verdadeira filiação, uma vez que lá constava o nome do pai registral que havia adotado a criança à brasileira.

Verificando existir relação de afeto, amor e cuidado sedimentada entre a criança e os dois homens, a alternativa a que chegou o magistrado foi declarar a multiparentalidade, de forma que o pai biológico foi incluído em seu registro e a paternidade do socioafetivo, pai registral do menino, foi mantida.

Em todos os casos de adoção, é evidente que o filho adotivo possui direito à ancestralidade, sendo-lhe assegurada a prerrogativa de conhecer suas origens. Nos casos de adoção à brasileira, porém, isso se mostra ainda mais evidente se considerarmos que muitas vezes, por não haver um processo de adoção anterior, a criança pode ser levada a acreditar que seu pai biológico é aquele que a registrou. Por outro lado, isso não invalida a relação de afeto construída com o pai socioafetivo registral, mas também não permite ignorar o direito desse filho de buscar conhecer aquele que de fato o gerou.

Se desse encontro tardio entre pai e filho sobrevier relação de amor e convivência entre eles, simultaneamente à relação que possui com seu pai registral, imperativo se faz o reconhecimento da multiparentalidade, vez que não seria crível negar a paternidade daquele que registrou como sendo seu o filho de outrem se com ele foi sedimentada relação de paternidade ao longo de quinze, vinte, trinta anos de convivência ou mais.

É nítido, portanto, que essa é solução que melhor concretiza os princípios constitucionais e a realização pessoal de cada um. Diante disso, ignorar uma realidade que já é fato na vida do adotado seria negar-lhe seus direitos à dignidade e liberdade, entre tantos outros, de forma a prejudicar o maior interessado diante dessa situação: o próprio filho.

7 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 promoveu verdadeira reforma no modo de se pensar as famílias. Antes as preocupações do legislador estavam centradas no patrimônio e no casamento, esse que era visto como único elemento constitutivo dos núcleos familiares, sempre construídos em torno de papéis sociais bem definidos.

A vigência da Constituição, por sua vez, instituiu novos paradigmas. Isso porque, com o desenvolvimento da sociedade e a formação de diferentes organizações familiares que não em torno do casamento, o conceito de família foi alargado e flexibilizado de forma a incluir todo e qualquer núcleo reunido em torno do afeto. O indivíduo passou, então, ao centro da atenção legislativa, razão pela qual foi inaugurada a ideia de igualdade entre os filhos e as diferentes formas de filiação.

Desse modo, firmaram-se em nosso ordenamento diversos princípios norteadores do Direito das Famílias, que fazem com que a vida em família se constitua pela convergência entre todos eles. É o caso, por exemplo, do melhor interesse da criança, solidariedade familiar, paternidade responsável, afetividade, pluralidade das entidades familiares e, em especial, da dignidade da pessoa humana.

Essa última, prevista na Constituição como um dos fundamentos da República, pode ser entendida como origem de todos os outros, e impõe que o ser humano seja visto como fim em si mesmo e que, portanto, todas as famílias sejam respeitadas em sua individualidade.

Foi com base nisso que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060, em setembro de 2016, rompeu com a biparentalidade e reconheceu a possibilidade de uma mesma pessoa ter mais de uma mãe e/ou um pai, consagrando a hipóteses de reconhecimento simultâneo das paternidades biológica e socioafetiva e, portanto, a multiparentalidade.

À vista da igualdade entre as diversas formas de filiação, os Ministros decidiram que não se poderia fazer prevalecer somente uma delas quando o princípio do melhor interesse aponta para o reconhecimento de ambas. Assim, é preciso que se garanta a liberdade de autodeterminação para que cada um forme sua família segundo seus objetivos, de modo que não cabe ao Direito tentar encaixá-la em modelos pré-concebidos.

O referido julgado, entretanto, não delimitou até onde vão seus efeitos, razão pela qual ainda não se sabe se o instituto da adoção permanece inalterado ou não, visto ser inegável que diante dele todo indivíduo possui pais biológicos e

socioafetivos.

Uma vez sedimentada a dupla parentalidade na vida do filho adotivo como nos diversos casos aqui apresentados, o que se conclui, com base nos mesmos fundamentos utilizados no julgamento do RE 898.060, é que o adotado deve ter a possibilidade de coexistência entre as paternidades socioafetiva/adotiva e biológica, sem que a adoção represente a ruptura disso. Poderia, portanto, optar, no momento da adoção ou posteriormente a ela, pela concomitância entre o nome de seus genitores e o de seus pais adotivos.

Ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente diga expressamente que a adoção rompe os vínculos biológicos, salvo com relação a impedimentos matrimoniais, a interpretação literal desse artigo não é aquela que melhor resguarda os direitos dos envolvidos, em especial sua dignidade.

Ademais, se a paternidade é duplamente exercida pelo genitor e pelo pai adotivo, de forma que ambos os parentescos são fundamentais na vida e na construção da identidade do indivíduo, imperativo se faz o reconhecimento disso.

É dessa forma que alguns magistrados já vêm entendendo, tanto para casos de adoção legal quanto para adoções unilaterais e à brasileira, mostrando ser possível a multiparentalidade frente a esse instituto, desde que assim se esteja resguardando o melhor interesse de todos os envolvidos, em especial dos descendentes. Imprescindível, por outro lado, que a legislação seja alterada para dar abrigo jurídico a essas situações e com elas entrar em conformidade.

Ora, se a realidade se mostra plúrima, cabe ao Direito se adaptar às novas configurações familiares, e não o contrário. Portanto, reconhecer a múltipla filiação na vida do adotado com relação a seus pais biológicos e adotivos significa acolher juridicamente uma situação que já existe de fato e deve estar espelhada em seu registro civil, como forma de resguardar a dignidade da pessoa humana, o respeito à pluralidade familiar e o direito à busca pela felicidade de cada um segundo seus propósitos.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Luciano Silva. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA FAMÍLIA. In: et al. **10 anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2013. p. 205-214. (Série

Aperfeiçoamento de Magistrados 13). Disponível em:
<<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. 1ª Vara de Família. Sentença - Processo nº 0034634-20.2013.8.17.0001. Autor: Maria Clarinda Ribeiro Duarte. Réu: Gerard Jean François Tible. Juiz Responsável: Clícério Bezerra e Silva. Recife, 01 de outubro de 2013. **Ação De Investigação de Paternidade c/c Retificação de Registro Civil**. Recife, 29 out. 2013. Disponível em:
<<https://srv01.tjpe.jus.br/consultaprocessualunificada/processo/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília, DF, 10 jan. 2002.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). **Lei Nº 13.509, de 22 de Novembro de 2017**. Brasília, DF, 22 nov. 2017.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília, DF, 13 jul. 1990.

BRASIL. Vara da Infância e da Juventude. Sentença - Processo nº 0038958-54.2012.8.16.0021. Autor: E.A.Z.J. Réu: A.M.F. Juiz Responsável: Sérgio Luiz Kreuz. Cascavel, PARANÁ, 20 de fevereiro de 2013. **Ação de Adoção**. Cascavel, 20 fev. 2013. Disponível em:
<http://www.flavioartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/201302281223270.multiparent_sentpr.PDF>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.613.641. Recorrente: L J DA S. Recorrido: K V DA S (MENOR). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 23 de maio de 2017. **Recurso Especial Nº 1.613.641 - Mg (2014/0291214-0)**. Brasília. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1605932&num_registro=201402912140&data=20170529&formato=PDF>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Minuta de Voto do Recurso Extraordinário nº 898.060**. Recorrente: A N. Recorrido: F G. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21 de setembro de 2016. Brasília. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898.060. Recorrente: A N. Recorrido: F G. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21 de setembro de 2016.

Recurso Extraordinário 898.060/SC. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 14 out. 2018.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos jurídicos.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 704 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias.** 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 1056 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 6: Direito de Família.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM (Brasil). **Justiça autoriza retificação de registro civil em caso de “multiparentalidade inversa”.** 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6292/Justi%C3%A7a+autoriza+retifica%C3%A7%C3%A3o+de+registro+civil+em+caso+de+%E2%80%9Cmultiparentalidade+inversa%E2%80%9D>>. Acesso em: 11 set. 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: AMIN, Andréa Rodrigues et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 187-193.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família.** 2004. 141 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná - Ufpr, Paraná, 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 ago. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 948 p.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Como ficam as adoções perante a decisão do STF (RE 898060) que reconheceu a possibilidade de multiparentalidade?** Revista IBDFAM: FAMÍLIAS E SUCESSÕES, Belo Horizonte, v. 24, p.23-38, nov./dez. 2017.

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2007, Gramado. Lôbo, Paulo. **PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.** Belo Horizonte: Ibdfam, 2007. 11 p. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

A VIABILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO DE IDOSOS

Beatriz Dantas Davim¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O presente artigo aborda dois microssistemas que garantem a proteção dos mais vulneráveis: Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso. O objetivo do trabalho é delinear conhecimentos a respeito da adoção e das garantias legais dispostas, no ordenamento aos idosos, iniciando com a exposição dos respectivos conceitos. Utilizou-se do método hipotético dedutivo, visto que havia uma lacuna, no ordenamento, e foi construída uma ideia baseada em hipóteses, aplicando a técnica da analogia. Constatou-se que não há impedimento legal para tal instituto, e prevalecerá o melhor interesse do idoso e o laço afetivo. Por fim, ressaltou-se a flexibilização de requisitos, a necessidade da manifestação do Ministério Público e os efeitos resultantes dessa adoção.

Palavras-chave: Adoção. Idosos. Possibilidade Jurídica. Família.

THE LEGAL VIABILITY OF THE ELDERLY ADOPTION

ABSTRACT

This article addresses two microsystems that ensure the protection of the most vulnerable: the Child and Adolescent Statute and the Elderly Statute. The objective of this work is to delineate knowledge about the adoption and the legal guarantees disposed, in the ordering to the elderly, starting with the exposition of the respective concepts. The hypothetical deductive method was used, since there was a gap in the ordering, and an idea based on hypotheses was constructed, applying the technique of analogy. It was found that there is no legal impediment to such an institute, and the best interests of the elderly and the affective bond will prevail. Finally, it was

¹ Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

² Professora Orientadora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

emphasized the flexibility of requirements, the need for the manifestation of the Public Prosecution Service and the effects resulting from this adoption.

Keywords: Adoption. Elderly. Legal Possibility. Family.

1 INTRODUÇÃO

A adoção é um ato jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas ou mais pessoas. Assim, a adoção é a modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Esse instituto disciplinado no Estatuto da Criança e Adolescente visa proporcionar a crianças e adolescentes, desprovidas de família, um ambiente de convivência mais humana. Sucede que este instituto não é aplicável, na jurisprudência dos tribunais superiores, aos idosos.

Nos dias de hoje, de acordo com pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, mais de sessenta mil idosos encontram-se acolhidos em abrigos conveniados a estados e municípios, o que faz gerar uma reflexão sobre a qual este trabalho se propõe a abordar, consistindo em defender a possibilidade jurídica para a adoção de idosos.

O tema em questão é fruto de uma interdisciplinaridade do direito de família com o direito do idoso. Discorrer sobre o tema ora apresentado possibilitará um debate sobre cuidados de longa permanência, moradia e assistência na velhice, utilizando-se de um instituto já aplicado no nosso ordenamento.

Pesquisas feitas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, em 2011, apontou um total de 83 mil idosos em abrigos públicos e privados, e atualmente, estimam-se em 100 mil assistidos. Já os Dados do Ministério de Desenvolvimento Social dão sinal da urgência em discutir o tema, isso porque - desde 2012 - o número de idosos em abrigos conveniados aos estados e municípios cresceu 33%.

O presente trabalho de curso visa apresentar e discorrer as matrizes basilares desse tema pouco explorado e quase sem precedentes no ordenamento brasileiro. Após a exposição de conceitos básicos das legislações que disciplinam o instituto da adoção e da proteção ao idoso, demonstra-se a viabilidade em ampliar os direitos assegurados ao idoso, dispostos no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) e os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, a partir da adoção de idosos.

O estudo é desenvolvido a partir do método hipotético-dedutivo, pois se inicia com uma lacuna - no ordenamento jurídico - e um problema vivenciado pela sociedade. Esse método é utilizado formulando hipóteses e passando por um processo de inferência dedutiva, o qual testa a previsão da ocorrência do fenômeno abrangido pela hipótese pressuposta.

No primeiro capítulo deste artigo, são abordadas as considerações iniciais a respeito do tema deste trabalho, ou seja, apresenta os conceitos, requisitos e garantias previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também, uma breve evolução desse instituto.

O capítulo posterior versa sobre as garantias preestabelecidas no Estatuto do Idoso, e na Constituição Federal. Direitos como o de moradia digna, preservação de sua saúde física e mental, e a vedação de discriminação em razão da idade.

A partir da exposição desses dois microssistemas, é feito no capítulo, por conseguinte, a defesa da possibilidade jurídica da adoção de idosos. Demonstra-se com pesquisas o crescente número de idosos em instituições de longa permanência, e argumenta-se a inefetividade do apadrinhamento.

Sucessivamente, trata-se do requisito presente no ECA da diferença de idade mínima de dezesseis anos entre adotante e adotado. Defende-se a maleabilidade desse requisito, devido ao princípio da afetividade, e posicionamento atual do Supremo Tribunal de Justiça.

Por fim, os efeitos que culminarão dessa possibilidade são elucidados a partir do que já ocorre com a adoção de crianças e adolescentes, atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) traz a partir do artigo 39³ as disposições acerca do instituto da adoção de criança e de adolescente. O conceito de adoção é bastante amplo, mas consiste - basicamente - em um ato deliberativo das partes em escolher ter um filho.

Segundo Cunha (2009), a adoção é um ato ou efeito de adotar, que é aceitar, assumir; forma pela qual se estabelece relação de filiação sem laço natural. Esse ato

³ Subseção IV. Da Adoção. Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

consiste em levar para o núcleo familiar, terceiro que dele não adveio e não possui laços consanguíneos.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a adoção é um ato jurídico solene e bilateral em que uma pessoa, denominada adotante, cria vínculo de filiação com o adotado, finalizando assim as ligações de filiação do adotando com a sua família biológica, ato este irrevogável e personalíssimo.

Ao contrário do que se pode pensar, a adoção não é uma prática pós-moderna. De acordo com Paiva (2004), os escritos bíblicos já mencionavam casos envolvendo adoção de crianças, como a história de Moisés. Conforme cita Maria Berenice Dias (2017), o instituto da adoção é um dos mais antigos de que se tem notícia.

No Brasil, este é exercido desde a época da colonização e estava intimamente ligado à caridade, de forma que os ricos prestavam amparo aos mais pobres e, muitas vezes, levavam estes para cuidar da casa daqueles. (MAUX; DUTRA, 2010). Antes do Código Civil de 1916, esta prática era dirigida pelo direito romano, como relata Maux e Dutra (2010):

A adoção, antes do Código Civil, encontrava em nossas leis simples referências mantendo o instituto; não lhe davam organização completa. Os autores corriam ao direito romano para preencher as lacunas do direito pátrio. Criando a adoção a condição de filho não podia ser revogada por testamento. Além disso, a adoção não era um ato puramente particular, nela intervinha a autoridade pública para completar pela confirmação do juiz como determinava a lei de 22 de setembro de 1828, art. 1.º.

A primeira vez que o termo adoção apareceu, nas legislações brasileiras, foi em 1828, que tinha como objetivo dar filhos a casais inférteis. Não obstante, várias mudanças foram ocorrendo, não só com o Código Civil Brasileiro de 1916, como também com os avanços que findou no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Maria Berenice Dias (2016) relata ainda que o Código Civil de 1916 chamava de simples a adoção tanto de maiores como de menores de idade. Só podia adotar quem não tivesse filhos. A adoção era levada a efeito por escritura pública e o vínculo de parentesco estabelecia-se somente entre o adotante e o adotado.

Com o advento da Lei 4.655/65, passou-se a admitir a chamada legitimação adotiva. Dependia de decisão judicial, era irrevogável e fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural. Em seguida, veio o Código de Menores (Lei

6.697/79), que substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, mas manteve o teor. A mudança foi que o vínculo de parentesco foi estendido à família dos adotantes, de modo que o nome dos avós passou a constar no registro de nascimento do adotado, independente de consentimento expresso dos ascendentes. (DIAS, 2016).

A Constituição Federal (art. 227, §6º)⁴ consagrou o princípio da proteção integral, que proibia quaisquer designações discriminatórias entre adoção e filiação. Em seguida, o ECA veio para regulamentar a prática da adoção no país, todavia em novembro de 2009 foi sancionada uma nova lei, chamada de Lei de Adoção (Lei nº 12.010/09), que passou a priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente.

A Lei Nacional de Adoção trouxe a proposta de dar mais clareza e transparência ao processo de adoção, no Brasil. No entanto, a lei que vigora há quase dez anos ainda encontra dificuldades em sua aplicação, como por exemplo, duas metas que ainda não foram cumpridas: tornar a adoção mais rápida e acabar com a informalidade. (DIGIÁCOMO, 2016).

De modo ainda mais crítico, a autora Dias (2016) afirma que a Lei Nacional de Adoção só veio para dificultar o processo de adoção. De forma injustificável, por onze vezes, reitera a preferência à família natural. Para Dias (2016), a adoção transformou-se em medida excepcional, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa.

Tartuce (2019) expõe as possibilidades de adoção, estas que não se restringem em crianças e adolescentes, inclusive é possível adoção de maiores de 18 (dezoito) anos. Até janeiro de 2003, no Brasil, a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dava-se por mera escritura pública, registrada em cartório. Porém, com o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), o ordenamento jurídico passou a exigir sentença constitutiva, sendo assim imprescindível o controle jurisdicional.

Essa necessidade de apreciação por parte do Poder Judiciário justifica-se pelo interesse público, visto que o ato da adoção sucede mudanças, no âmbito dos direitos e deveres dos adotantes e adotados. Vale salientar que, diferente da adoção de menores, este é um procedimento de jurisdição voluntária.

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Silva Filho (1977) assevera que o vínculo adotivo é constituído através de sentença, e produz todos os seus efeitos próprios no trânsito em julgado, salvo na adoção póstuma, a qual tem efeito retroativo à data do falecimento do adotante. De mais a mais, a adoção traz consigo efeitos pessoais e patrimoniais.

Os efeitos pessoais primordiais são: o desligamento do vínculo existente entre o adotando e sua família consanguínea e a criação de um novo vínculo com os pais adotivos e seus parentes. (GRANATO, 2003). Destaca-se que o artigo 49⁵ do ECA dispõe ainda que a extinção, suspensão ou destruição do pátrio poder dos adotantes não restaura o dos pais biológicos.

O autor Silva Filho (1977), esclarece que “por ser incompatível à coexistência de duplo poder parental é que a adoção pressupõe duplo efeito: positivo, atribui o poder ao adotante; e negativo, consiste na perda do pátrio poder dos pais originários”.

O artigo 22⁶ do ECA, explica que com a atribuição do pátrio poder aos adotantes, estes ficam encarregados de sustentar, guardar e educar os filhos menores, cabendo-lhes ainda a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais quando for do interesse do adotando.

Já os efeitos patrimoniais, gerados pelo instituto da adoção, estão previstos em diversas normas brasileiras. A Constituição de 1988, em seu artigo 227, §6º, estabeleceu isonomia entre os filhos adotados e legítimos, assim, os dois possuem os mesmos direitos, inclusive, sucessórios. No mesmo sentido, o Código Civil no artigo 1.596⁷, reitera que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

3 A PROTEÇÃO AO IDOSO

O Estatuto do Idoso, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, representa um marco normativo em âmbito nacional, no que tange à busca pela efetiva proteção prioritária à criança, adolescente e ao idoso, garantida pela Constituição de

⁵ Art. 49. A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais.

⁶ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

⁷ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

1988 no capítulo VII, a partir do artigo 226⁸.

Pinheiro e Ribeiro (2016) comentam que o Estado brasileiro não se preparou para o impacto que o envelhecimento populacional acarretou no sistema de saúde, por exemplo. Relata ainda que, a ausência de serviços e ações específicas para a garantia dos direitos das pessoas idosas e das crianças e adolescentes, contribui para o descrédito da efetividade dos seus direitos.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741) é destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (BRASIL, 2003). Entretanto, a Organização Mundial de Saúde (OMS) entende que idosa é aquela pessoa com 60 anos ou mais, em países em desenvolvimento, e com 65 anos ou mais em países desenvolvidos. (VIEGAS, 2016).

Pesquisas divulgadas pelo IBGE mostram que o crescimento populacional de idosos se tornou um fenômeno mundial e que diante desse crescimento acelerado é fundamental que o governo determine estratégias e ações direcionadas a esse grupo, promovendo a saúde, integridade física e moral. (BRASIL, 2018).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada pela ONU em 1948, estabelece em seu artigo XXV, item 1:

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 230⁹ garante que nem só a família, mas também a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a participação na comunidade, defendendo a dignidade e bem-estar e garantindo o direito à vida. (BRASIL, 1988). De acordo com Dias (2016), não se refere o preceito, apenas à assistência material ou econômica, mas também às necessidades afetivas e psíquicas.

Além disso, a Lei Maior, de modo expresse, veda discriminação em razão da idade, prevê no inciso IV que promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constitui um dos

⁸ CAPÍTULO VII. Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

objetivos fundamentais do Brasil. (BRASIL, 1988).

A primeira norma infraconstitucional que deve ser enfatizada, que foi pioneira na descrição de direitos à pessoa idosa, é a Lei Federal nº 8.842 de 1994, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cujo artigo 1º¹⁰ decreta o objetivo dessa política que é “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”. No artigo seguinte, artigo 2º¹¹, já qualificava o idoso como a pessoa com mais de 60 (sessenta) anos de idade. Posteriormente, foi editado o Decreto Federal nº 1.948 de 1996 que regulamentou o fim dessa Lei.

Considerado como um verdadeiro divisor de águas na proteção do idoso, o Estatuto do Idoso, não se trata de um conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que têm aplicação imediata. Nesse diploma legal, identifica-se as mesmas situações que colocam crianças e idosos em situação de risco, são elas: ação ou omissão da sociedade ou do Estado; falta, omissão ou abuso da família, pais, responsáveis, curador ou entidade de atendimento; e em razão de sua condição pessoal (BRASIL, 2003).

Em relação aos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e ao idoso, o Estatuto do Idoso assevera no seu artigo 2º¹² que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e é assegurado por lei e outros meios, toda e qualquer oportunidade para preservação de sua saúde física e mental, como também o aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social (BRASIL, 2003).

Bem como na Constituição, o Estatuto do Idoso em seu artigo 4º¹³, elenca as garantias de prioridade, e veda qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão. Gera a responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas que não observarem as regras de proteção ao idoso.

É ainda, crucial destacar o artigo 8º dessa Lei Estatutária, que dispõe: “O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente”. O envelhecimento é um direito natural e

¹⁰ Art. 1º A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

¹¹ Art. 2º Considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.

¹² Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

¹³ Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

personalíssimo, intrínseco a todo e qualquer ser humano, que com ele está firmado desde o nascimento com vida.

Na esfera criminal, também há previsão de pena para abandono do idoso e exposição a perigo, conforme os artigos 98 e 99¹⁴, do Estatuto do Idoso. O primeiro artigo citado aduz que o abandono do idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, tem pena de detenção de seis meses a três anos e multa. Já o artigo 99, penaliza todo aquele que expor a perigo a integridade e a saúde, física, ou psíquica, o idoso. (BRASIL, 2003).

Em relação ao acolhimento do idoso, a Constituição prioriza o acolhimento em seu próprio lar, de acordo com artigo 230, §1º¹⁵, sendo-lhe assegurado o direito à moradia digna, conforme o artigo 37¹⁶, do Estatuto do Idoso, no seio de sua família natural ou substituta. Para identificar esses conceitos é necessário recorrer ao ECA, que define família natural como sendo a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Já a família substituta nasce da situação de risco social, cabe seu acolhimento por adulto ou núcleo familiar, instituto que equivale à guarda. (DIAS, 2016).

Nesse raciocínio, observa-se que há uma relação de proteção, cuidado e afeto, especialmente para aqueles que estão em situação mais indefesa como as crianças e os idosos. Então, nesse ponto as legislações se completam, formando um sistema de garantias que visam proteger aos mais vulneráveis.

4 POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DE IDOSOS

O século XXI está marcado por grandes transformações na estrutura populacional do país. Nas últimas décadas, o Brasil vem sofrendo um processo de transição demográfica, com o aumento da proporção de idosos. Vale ressaltar que,

¹⁴ Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado: Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

¹⁵ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

¹⁶ Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

esse fenômeno é quase que global.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018) afirma que a população brasileira de 2012 para 2018 aumentou em 4,8 milhões de idosos, ultrapassando a marca dos 30,2 milhões em 2017 de total de idosos. Ainda, segundo o IBGE (2010), em 1940 a expectativa de vida - ao nascer - não ultrapassava os 40 anos de idade e menos de um quarto dos brasileiros alcançavam os 60 anos. Os idosos, nessa época, representavam 3% da população brasileira. No ano de 2017, a expectativa de vida ao nascer subiu para 76 anos, segundo as Tábuas Completas de Mortalidade divulgadas pelo IBGE (IBGE, 2018).

Ocorre que, com essa inversão da pirâmide etária, surge uma questão a ser considerada como aponta Minayo (2002), que se trata da necessidade de desnaturalizar o fenômeno velhice e considerá-lo como uma categoria social e culturalmente construída. Essa necessidade fica nítida pela debilidade de políticas públicas que afetam diretamente a população idosa.

O que se observa, nos dias de hoje, é a segregação dos idosos. Essa segregação ocorre independente de asilo ou da família, tem relação com a condição em que se encontra o idoso. O número de idosos residindo em Instituições de Longa Permanência, mais conhecidos como asilos, se encontra por volta de 85 mil. (CAMARANO; KANSO, 2010).

Em 2011, o Brasil tinha 218 asilos públicos, que corresponde a 6,6% do total de instituições do país. Se considerarmos instituição federal, até 2011 só tinha uma que se encontra no Rio de Janeiro e atendia 298 pessoas (IPEA, 2011). Conforme estudo de Camarano e Kanso (2010), a maioria das instituições brasileiras (65,2%) é de natureza filantrópica.

Nesse ponto, é primordial refletir a respeito de o idoso fazer moradia naquele ambiente que lhe proporcione dignidade, e principalmente, afetividade. Isso porque, o número de idosos residentes em instituições de longa permanência em 2008 já ultrapassava 1.543,1 mil pessoas, sendo 964 mil mulheres. (CAMARANO, 2008). Esses idosos que muitas vezes são abandonados pelos filhos em situações de grande fragilidade, como diz a autora Goldani (1999), um número grande de filhos não é garantia de cuidados na velhice, pois segundo ela, as trocas de apoio entre pais e filhos nem sempre são seguidas por normas de reciprocidade e equidade. Camarano (2008) reafirma: “parece que a capacidade de a família brasileira cuidar de seus membros

idosos está se reduzindo”.

Nesse sentido, surgiu a prática do apadrinhamento afetivo de pessoas na terceira idade, para tentar amenizar o abandono afetivo vivenciado por muitos idosos que residem nos abrigos. O apadrinhamento possibilita aos idosos a convivência fora da instituição, proporcionando-lhe amor, atenção, afeto, carinho e cuidados com a saúde, conforme a Lei nº 10.738/2018, do estado de Mato Grosso que institui o Programa Estadual de Apadrinhamento Afetivo aos Idosos.

Pondera-se que, apenas o apadrinhamento não garante a moradia digna, e o bem-estar do idoso, pois este continuará sendo responsabilidade das instituições, e consequentemente subordinados a elas. É então que surge a possibilidade de adotar idosos que possuem o laço afetivo com alguém que não faz parte, necessariamente, da sua família natural.

Sucedese que, o caput do artigo 37 do Estatuto do Idoso assegura o direito de habitação do idoso, que com a Emenda Constitucional 26 de 2000, foi elevado à categoria dos direitos sociais, o direito à moradia. Sendo assim, o direito da habitação se tornou um direito de segunda geração, e com isso, exigindo ações dirigidas pelo Estado para a sua concretização. Esse artigo prevê o direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou até mesmo desacompanhado de seus familiares, quando assim o idoso desejar, ou ainda, em instituição pública ou privada.

É preciso realçar ainda a existência do princípio do melhor interesse do idoso, que a autora Barboza (2008) identifica na Constituição Federal como consectário natural da cláusula geral da tutela da pessoa humana, que atua como fonte da proteção integral que é devida ao idoso.

Então por meio de uma analogia é possível associar a garantia do artigo 37 do Estatuto do Idoso, com a previsão o artigo 28¹⁷, caput, do Estatuto da Criança e Adolescente, que trata sobre a colocação da criança em família substituta, e alude que a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. (BRASIL, 1990).

Consoante o Estatuto do Idoso, a pessoa idosa será, primordialmente, amparada pela sua família natural, isto é, com os familiares que mantém vínculo

¹⁷ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

biológico e consanguíneo. Sendo isso impossível, seja qual for a motivação, aduz o artigo 37 do mesmo diploma legal, que a morada será junto à família substituta.

Somando-se esses artigos com a previsão legal do artigo 28 do ECA, Rodrigues (2005) diz que a criança e o adolescente são amparados em família substituta pela guarda, tutela ou adoção, de sorte que há que se perscrutar, para o idoso, quais os institutos jurídicos a esses equivalentes, e chega à conclusão que a pessoa idosa será amparada em uma família substituta pelo acolhimento, curatela ou pela adoção.

Essa possibilidade de adoção fica ainda mais clara, quando feita uma analogia com o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça¹⁸ em relação à adoção de maiores de dezoito anos, que, em sendo o adotando maior e capaz, é dispensada a autorização dos pais biológicos para a formalização da adoção pela via judicial quando firmada a paternidade socioafetiva.

Significando assim que em conformidade com o que ocorre na não interferência dos pais na adoção de maiores de dezoito anos, e o vínculo afetivo comprovado, a escolha - na adoção do idoso abandonado em instituição de longa permanência - caberá ao idoso e ao adotante, independente da autorização dos filhos ou familiares. Isto é, comprovado o vínculo afetivo, e o *animus* de ser adotado e adotar, não teria nada que contrapusesse a adoção desse idoso.

5 DIFERENÇA DE IDADE MÍNIMA

O artigo 42¹⁹ §3º do ECA afirma que o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando (BRASIL, 1990). Esse requisito tem por objetivo instituir ambiente de respeito austeridade, resultante da natural ascendência de pessoa mais idosa sobre outra mais jovem, como acontece na família natural, entre pais e filhos (CARVALHO, 2017).

Porém, o aspecto mais importante para a construção da família não é a diferença de idade mínima prevista, é na prática, a afetividade. Conforme

¹⁸ EMENTA. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA COM O ADOTANTE. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO. DESNECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO. (STJ - REsp: 1444747 DF 2014/0067421-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015).

¹⁹ Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (...) § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

posicionamento de Dias (2016), a adoção é um ato que consagra a filiação socioafetiva, que se fundamenta não no termo biológico, mas sim no campo sociológico, constitui-se como um parentesco eletivo, pois decorrer de um ato de vontade.

O prestígio da verdade afetiva frente à realidade biológica impôs o alargamento do conceito de filiação. Nos dias atuais, como afirma Gama (2003), paternidade, maternidade e filiação não decorrem exclusivamente de informações biológicas ou genéticas, dá-se relevo a sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade, para o fim de estabelecer relações de parentesco.

Evidencia-se, como expõe a autora Pessanha (2011), que a família é a base da sociedade brasileira, haja vista ser ancorada - primeiramente - em laços de afeto. Na opinião da autora, afeto significa sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, assim é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas.

O afeto é o elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantido pela Constituição Federal. Pereira (2011) ensina que embora o princípio da afetividade não esteja expresso na Lei Maior, ele se apresenta como um princípio não expresso. De acordo com Dias (2006), o princípio da afetividade é um princípio implícito, e significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Logo, o objetivo desse princípio que deriva da convivência familiar, é a garantia da felicidade, como um direito a ser alcançado na família.

No âmbito das relações familiares, o afeto não se restringe tão somente ao amor, sendo este sentimento uma das formas de demonstrar afeto. Nesse sentido, a entidade familiar é entendida muito mais pelo vínculo afetivo que pelo vínculo biológico que não é capaz de isoladamente constituir uma família. Como reforça Teixeira e Rodrigues (2010, p. 177), “não é de (des)amor que se trata o afeto como fato jurídico. Mas de uma relação que, quando moldada por comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar, é capaz de gerar eficácia jurídica”.

A pluralidade das famílias previstas na Carta Magna mostra a aplicabilidade do princípio da afetividade, e assim, todas as famílias constituídas merecem tutela e

proteção. O afeto é considerado elemento norteador das famílias atuais, representados por atitudes, que estruturam os laços familiares. Vecchiatti (2008) dispõe que o afeto é elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantida pela Constituição Federal. Afirma ainda que, a afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas.

Pereira (2011) entende que sem afeto não se pode dizer que há família, ou, onde falta o afeto a família é uma desordem, ou mesmo sem uma desestrutura. É o afeto que conjuga. E assim, o afeto ganhou *status* de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado a categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos responsáveis, vez que o desejo e o amor começam a ser vistos e considerados como verdadeiro sustento do laço entre as pessoas.

Ademais, uma prática já observada, nos dias de hoje, é o abandono afetivo inverso, ou também conhecido como às avessas ou invertido. Esse conceito é constituído, em regra, pela inação de afeto ou, especificamente, pela ausência do cuidado dos filhos em face de seus genitores idosos, fundado no valor jurídico imaterial da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família (VIEGAS, 2016). Não obstante a inexistência de lei específica, o abandono afetivo inverso, como resultado do desprezo, do desrespeito ou da indiferença filial, representa fenômeno jurídico e social de relevância que merece ser discutido. Isso porque quando um dos deveres de proteção, cuidado e afeto, é ferido passa a ser considerado um dano, e conseqüentemente, surge a obrigação de reparar.

Silva (2016) alude que ninguém é obrigado a amar o outro, porém aquele que causar dano deve reparar a lesão causada em decorrência do abandono afetivo e a pena econômica que será aplicada ao ofensor, apesar de não gerar afinidade entre aquele filho e seu genitor, possui caráter pedagógico e assim diminuir, pelo menos um pouco, a dor causada.

Diante dos fatos de abandono afetivo inverso e a notoriedade do princípio da afetividade como fator inequívoco para a adoção, se observa como a norma trazida no artigo 42, §3º, do ECA torna-se coadjuvante, quando se tratar de situações em que a

socioafetividade prevalecer. Vale frisar que o Superior Tribunal de Justiça²⁰ já se posicionou a respeito de uma adoção na qual a diferença de idade mínima prevista no ECA não foi observada como essencial, sendo então mitigado este requisito legal.

Isso ocorre para que seja apreciado o melhor interesse do idoso, sobretudo quando a relação socioafetiva já se desenvolveu e se consolidou, evidenciada em um período de convivência afetiva. Por isso, o afeto tem que ser observado como um valor jurídico, pois reúne preceitos que vão além de amor e do carinho, mas conecta a exata medida de cuidado, dedicação, preocupação que são destituídos, ficando reconhecido em cada indivíduo um ser possuído de dignidade e de direitos.

Assim, a adoção do idoso se fundamenta no laço afetivo presenciado naquela relação interpessoal, de amor, carinho, responsabilidade e respeito. Isso posto, a relação afetiva é o coração, o alicerce, a esperança para se ter uma velhice tranquila, sossegada e com paz. Como decorrência dessa responsabilidade para com o idoso, serão constituídos alguns efeitos jurídicos consecutivos da adoção.

6 OS EFEITOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO DE IDOSOS

Como já comentado, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, §6º, ao consagrar o princípio da proteção integral, defere idênticos direitos e qualificações aos filhos e proíbe quaisquer designações discriminatórias, eliminando qualquer distinção entre adoção e filiação. Para dar maior efetividade a este comando o ECA passou a regular a adoção dos menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos, inclusive os sucessórios. (DIAS, 2016).

Já em relação à adoção dos maiores de idade, o Código Civil de 1916 permaneceu regulamentando, mesmo depois da Carta Magna. Nessa época, em relação a efeitos sucessórios, o adotado só tinha direito à herança se o adotante não tivesse prole biológica. Advindo filhos depois da adoção, perceberia o adotado somente a metade do quinhão a que fazia jus a filiação “legítima”. Todavia, com a inauguração da Constituição Federal, esses dispositivos foram considerados inconstitucionais.

Destarte, a adoção assegura todos os direitos decorrentes da filiação, e

²⁰ EMENTA. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ADOÇÃO. MAIOR. ART. 42, § 3º, DO ECA (LEI Nº 8.069/1990). IDADE. DIFERENÇA MÍNIMA. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. SOCIOAFETIVIDADE. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. IMPRESCINDIBILIDADE. (STJ - REsp: 1785754 RS 2018/0322826-6, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 08/10/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 11/10/2019).

consequentemente, irão desencadear efeitos de direito, pessoais, patrimoniais e sucessórios, a partir desta (BRASIL, 1990). Uma das consequências que acontece automaticamente é o rompimento do vínculo de parentesco com a família de sua origem, em regime de absoluta isonomia em face dos filhos biológicos. (GAGLIANO, 2017).

Ademais, a adoção confere segurança à nova relação jurídica estabelecida e garante a proteção integral e prioritária do interessado. (FARIAS, 2016). Por isso, fazendo-se uma analogia, na hipótese da adoção de idosos, o vínculo entre a família natural seria quebrado, e este idoso passaria a ter uma nova família com todos os vínculos estabelecidos entre eles.

Convém ressaltar que essa eficácia jurídica da adoção transpassa a relação entre o adotante e o adotado, sendo estabelecida, também, entre aquele e os demais descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante. (FARIAS, 2016).

Observa-se que a sentença proferida, no processo de adoção, possui natureza jurídica de provimento judicial constitutivo, fazendo coisa julgada material. Assim, ao mesmo tempo, através dessa sentença o magistrado também desconstituirá os descendentes da família natural do adotado para fins sucessórios. Pablo Stolze Gagliano (2017) leciona que são dois os efeitos dessa sentença: a desconstituição do vínculo anterior e a criação do novo vínculo parental entre o adotante e o adotado.

Além da ruptura plena e definitiva da relação paterno-filial anterior, a adoção implica, ainda, outros efeitos jurídicos, como o acréscimo de sobrenome pelo adotado. Essa alteração é obrigatória, todavia é facultativa a modificação do prenome, situação em que deve ser respeitada à vontade, a capacidade civil e grau de compreensão do adotado.

Um dos efeitos de suma importância que irá repercutir na adoção do idoso, é o desligamento do núcleo familiar, ou seja, a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção. Como se observa no art. 39²¹ §1º do ECA, a adoção é medida excepcional e irrevogável. (BRASIL, 1990). O autor Cristiano Chaves Farias (2016), acata o disposto no Estatuto e preconiza que os efeitos decorrentes da decisão judicial que defere a adoção têm de ser irrevogáveis e irretratáveis, para que se evite uma instabilidade

²¹ Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. (...) § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

familiar ou fraude sucessória.

Nessa ordem de ideias, a superveniência de morte do adotante implica reconhecimento do direito sucessório do adotado, e reciprocamente, a morte do adotado implica direito sucessório para os adotantes. Com isso tem-se um ponto interessante quando relacionado ao idoso adotado, pois a situação gera uma dúvida a respeito de quem seria o legitimado aos direitos sucessórios desse idoso.

Em conformidade com o previsto no ECA, os direitos sucessórios ficarão para o adotante do idoso. Justifica-se não só pela simetria feita entre os Estatutos, mas também pelo princípio da afetividade que deu causa a essa adoção, como o rompimento com a família natural já abordado neste capítulo.

Essa hipótese se ampara no fato de por exemplo, em uma situação que este idoso a ser adotado receba aposentadoria, esta deverá ser utilizada para a manutenção de sua velhice, proporcionando a qualidade de vida fundamental, e que será concretizada pelo seu adotante.

O mesmo ocorre no caso de adoção ou guarda judicial de criança, que são assegurados direitos trabalhistas e previdenciários, quais sejam: salário maternidade e benefício previdenciário a ser pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), pelo prazo de 120 dias. De mais a mais, tanto a adotante como a guardiã tem o direito à licença maternidade assegurado, com prorrogação por mais de 60 dias. (DIAS, 2016).

Dita possibilidade também se enquadra para pós-morte do idoso, onde uma possível pensão por morte passará para o adotante, como forma de retribuição da assistência dada em vida. O pagamento dessa benesse concedida privilegia aquele que retirou o idoso de uma provável situação de abandono e lhe agradeceu com o afeto, operando como uma forma material de agradecimento.

Por este ângulo, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou, no segundo semestre deste ano de 2019, uma proposta que inclui entre casos de deserção (privação do direito de herança) o abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou instituições similares.

O texto, se aprovado para alterar o Código Civil, determinará que será considerada deserção o abandono de idosos por filhos e netos. A relatora do projeto, Caroline de Toni, afirmou que “em algumas situações, a pessoa que teria direito a herança deve perder essa qualidade em razão de conduta reprovável do ponto de vista

legal e moral". (BRASIL, 2019).

Sabe-se que o Ministério Público é função essencial à justiça, e tem como encargo primordial a fiscalização da correta aplicação da lei, cabendo a defesa da sociedade e dos vulneráveis. Salienta-se que, sempre que for uma ação que envolva menores, poderá ser parte ou, senão, fiscal da lei. O Código de Processo Civil também possui previsão expressa no artigo 178²², para a intimação do Parquet nos processos que envolvam interesse de incapaz. Nessa perspectiva, é causa de nulidade absoluta a falta de participação do Ministério Público no processo de adoção, como acentua o artigo 204²³ do Estatuto da Criança e Adolescente, o que se aplicará por analogia a adoção de idosos.

Ainda, é possível um estudo a partir de uma equipe multidisciplinar formada por psicólogos e assistentes sociais, para garantir que a relação entre o adotante e o idoso a ser adotado é composta de afetividade, e responsabilidade. Apoiado nesse auxílio do Ministério Público e da equipe multidisciplinar o magistrado poderá constatar exequibilidade da adoção.

Sendo assim, a viabilidade jurídica da adoção de idosos atrela o melhor interesse do idoso a disposições legais que precisam ser observadas, da mesma maneira que ocorre com a criança e adolescente. Resguardando, por sua vez, efeitos e consequências a fim de que se alcance uma satisfação afetiva e emocional daquele idoso adotado.

7 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise dos microssistemas de garantias que visam proteger os mais vulneráveis. Além disso, também permitiu uma analogia para defender uma viabilidade jurídica ainda não prevista no ordenamento atual.

Constatou-se através das leis, entendimentos dos tribunais superiores e da doutrina, que não há impedimento legal para a adoção de idosos. E ainda, que essa

²² Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: (...) II - interesse de incapaz.

²³ Art. 204. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

adoção diminuiria o número de idosos em instituição de longa permanência, atualmente se encontrando em quase 100 mil abrigados.

Dada à importância do assunto, tornou-se necessário abordar os requisitos da adoção que serão flexibilizados, tendo em vista que irá predominar a afetividade da relação construída entre adotante e adotado. Essa maleabilidade das exigências é fundamentada, em entendimentos atuais do Supremo Tribunal de Justiça e nos princípios norteadores do direito de família. Além da afetividade, foi debatida a necessidade da manifestação do Ministério Público e de um estudo multidisciplinar para assegurar a proteção do melhor interesse do idoso nesse novo ato jurídico.

Nesse sentido, foi argumentado que os efeitos decorrentes da adoção também seriam iguais com o que ocorre na criança e adolescente. Efeitos esses que surgirão a partir da sentença constitutiva em relação ao vínculo adotivo, e desconstitutiva no tocante os filhos da família natural do idoso para fins sucessórios.

Ao final desse trabalho, observou-se que é preciso uma mudança de olhar sobre a velhice, cuidados e proteção ao idoso. Não só através de políticas públicas, como também meios legais de propiciar a dignidade da pessoa humana, e a fortificação desses como sujeitos de direitos.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **O princípio do melhor interesse do idoso**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coords.). O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **CCJ aprova privação de herança em caso de abandono afetivo**: Texto considera deserdação tanto o abandono de idosos por filhos e netos quanto o abandono de filhos e netos por pais e avós. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/574128-ccj-aprova-privacao-de-heranca-em-caso-de-abandono-afetivo/#comentario>>. Acesso em: 21 out. de 2019.

BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 ago. de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Lei Federal Nº. 8069, de 13 de julho de 1990. **ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

BRASIL. Lei Federal Nº 12.010/09, de 03 de agosto de 2009. **Nova Lei Nacional da Adoção**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

BRASIL. Lei Federal Nº 8.842/94, de 04 de janeiro de 1994. **Política Nacional do Idoso**. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em: 21 de agosto de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Estatuto do Idoso** / Ministério da Saúde. – 1. ed., 2.^a reimpr. – Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/pagina_saude_do_idoso/estatuto_do_idoso.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2019.

BRASIL. Ipea. **População idosa brasileira deve aumentar até 2060**. Brasil, 27 jul. 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33875&Itemid=9>. Acesso em: 27 ago. 2019.

CAMARANO, Ana Amélia. “**Cuidados de longa duração para a população idosa: família ou instituição de longa permanência?**”. Em *Sinais Sociais / Serviço Social do Comércio*. Departamento Nacional - vol.3, n.7 (maio/ agosto) - Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.sesc.com.br/wps/wcm/connect/4d2e81b4-674e-4f75-b4ab-a9d1ffd2ffb2/07.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4d2e81b4-674e-4f75-b4ab-a9d1ffd2ffb2>>. Acesso em: 09 set. 2019.

CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. **As instituições de longa permanência para idosos no Brasil**. *Rev. bras. estud. popul.*, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 232-235, junho 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010230982010000100014&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 09 set. 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. Saraiva. 5^a Edição. 2017.

DA CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Dicionário Compacto do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

DIGIÁCOMO, Eduardo, **A "Lei de Adoção" e suas implicações**: algumas questões a serem respondidas. São Paulo, Ed. Ixtlan, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: direito de família. vol. 6. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Das relações de parentesco**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOLDANI, Ana Maria. "Mulheres e envelhecimento: desafios para os novos contratos intergeracionais e de gêneros". Em CAMARANO, Ana Amélia (org.). **Os novos idosos brasileiros**: muito além dos 60. Rio de Janeiro, Ipea, 1999, pp. 75-114. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5476>. Acesso em: 09 set. 2019.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: Doutrina e Prática. Curitiba: Juruá, 2003.

IBGE. **Expectativa de vida do brasileiro sobre para 76 anos**; mortalidade infantil cai. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23206-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-76-anos-mortalidade-infantil-cai>>. Acesso em: 06 set. 2019.

IBGE. **Resultados da Amostra do Censo Demográfico 2000-2010** – Malha municipal digital do Brasil: situação em 2001. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/25072002pidoso.shtm>>. Acesso em: 09 set. 2019.

MAUX, Ana Andréa Barbosa, Dutra, Elza, **A adoção no Brasil**: alguns pensamentos. Estudos e Pesquisas em Psicologia. 2010, 10 (maio-agosto). Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=451844632005>>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

MINAYO, M. C. S. (org) **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/franciscovargas/files/2012/11/pesquisa-social.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 05 set. 2019.

PAIVA, L. D. **Adoção: significado e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Ibdfam. 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf> Acesso em: 13 set. 2019.

PINHEIRO, Naide Maria. RIBEIRO, Gabrielle Carvalho. **Estatuto do idoso comentado**. São Paulo: Servanda Editora, 4. ed., 2016.

SILVA, Andiará Pontes. **Abandono afetivo inverso da pessoa idosa e a possibilidade do dano moral**. 2016. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/AndiaráPontesSilva.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

SILVA FILHO, Artur Marques. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

STJ. RECURSO ESPECIAL. **REsp: 1444747 DF 2014/0067421-5**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178705916/recurso-especial-resp-1444747-df-2014-0067421-5?ref=serp>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL. **REsp: 1785754 RS 2018/0322826-6**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 08/10/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=101261572&num_registro=201803228266&data=20191011&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2005, Belo Horizonte.
RODRIGUES, Peregrina Oswaldo. **Estatuto do Idoso**: aspectos teóricos, práticos e polêmicos e o Direito de Família. Belo Horizonte: Ibdfam, 2005. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/36.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Abandono afetivo inverso**: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./ UFRGS. Porto Alegre, v. XI, n.3, p. 168-201. 2016.

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA OMISSÃO DA PATERNIDADE

Tony Paiva Capistrano¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O presente trabalho objetiva verificar a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil no Direito de Família, no momento social atual, via Teoria da perda de uma chance, buscando o reestabelecimento do equilíbrio das relações paterno-filiais, desestabilizadas pela omissão da paternidade, pleiteando a reparação indenizatória, mediante a importância da figura paterna, na construção dos indivíduos, abordando o afeto como princípio norteador das relações e formações familiares, assim como o dever de cuidar da prole. Traça-se um panorama geral da referida teoria, do instituto da família (evolução conceitual), da responsabilidade civil e dos tipos de danos reconhecidos no ordenamento. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, sugerindo a codificação de uma nova modalidade de responsabilização civil de acordo com o atual momento social. Versando pelos contornos legais, doutrinários e jurisprudenciais dessa nova modalidade, na seara da responsabilidade civil, com o caráter reparador indenizatório atingindo, singularmente, a possibilidade perdida. Perpassa por análises da referida teoria, crescimento de sua utilização no direito de família, a aplicabilidade e suas peculiaridades (danos, probabilidade e proporcionalidade indenizatória). Já na jurisprudência, depara-se com a escassez de ações processuais com objeto de mérito idêntico e específico ao tema. Os resultados e discussões partem de premissas obtidas - ao longo da pesquisa- e apresentam hipóteses reais de aplicação da teoria e as problemáticas envolvidas, sempre visando atingir o âmbito somente da possibilidade, independente da comprovação dos danos efetivamente ocorridos, ou de como poderia ter sido aproveitada a oportunidade perdida.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNIRN. E-mail: tonycapistrano@uol.com.br.

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNI- RN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com.

Palavras-chave: Paterno-filial. Perda de uma chance. Responsabilidade civil. Indenização. Direito de família. Afeto.

THE THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE IN THE OMISSION OF PATERNITY

ABSTRACT

The present study aims to verify the application of the Institute of Civil Liability in Family Law in the current social moment, via the Theory of the loss of a chance, seeking the reestablishment of the paternal-filial relations balance weakened by the omission of paternity, seeking indemnity repair considering the importance of the father figure in the construction of individuals, approaching affection as a guiding principle of family relationships and their formation, as well as the duty to care for the offspring. An overview of this theory, of the family institute (conceptual evolution), of the civil liability and the types of damage recognized in the organization are outlined. The hypothetical-deductive method is used, suggesting the codification of a new modality of civil liability according to the current social moment. The legal, doctrinal and jurisprudential contours of this new modality in the area of civil liability with the reparative reparation character reaching, singularly, the lost possibility is relied upon. It goes through the analyzes of the referred theory, the growth of its use in family law, its applicability and peculiarities (damages, probability and indemnity proportionality). In jurisprudence, however, there is a scarcity of procedural actions with the object of identical merit specific to the theme. The results and discussions start from assumptions obtained throughout the research and present real hypotheses of theory application and the problems involved, always aiming to reach only the scope of the independent possibility of proving the damage which actually occurred, or how the lost opportunity could have been used.

Keywords: Paternal-filial. Loss of chance. Civil responsibility. Indemnity. Family right. Affection.

1 INTRODUÇÃO

Assim como a sociedade sofre mutações, o direito deve acompanhá-las, proporcionando resoluções dos conflitos de interesses, nas mais diversas relações sociais, e para isso, o instituto da responsabilização civil necessita estar em constante aperfeiçoamento. Nesse sentido, a presente pesquisa tem como escopo explorar a viabilidade e sugerir a aplicação da Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil ligada ao direito de família, delimitando o tema à omissão da paternidade nas mais diversas vertentes. Verifica-se a possibilidade de ser possível o diálogo entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil, por via dessa, “nova categoria”, ou “categoria autônoma” de responsabilidade civil, recepcionada em nosso ordenamento jurídico pela doutrina e jurisprudência voltada para resoluções de conflitos inerentes ao tema do presente trabalho.

O objeto de estudo será a Teoria da perda de uma chance, pelo viés do direito de família. A pesquisa foi prudente ao versar sobre a verificação dessa possibilidade, diferenciando esta modalidade de responsabilidade civil das demais já codificadas no ordenamento pátrio, e atentar se as codificadas existentes já suprem esse fim, o de quando da “*perde d’une chance*” estabelecer a certeza da possibilidade de vantagem ou de se evitar um prejuízo, independente do resultado e/ou da forma que o prejudicado a aproveitaria.

Vale ressaltar que aqui não se trata da busca científica por meios indenizatórios, destinados a reparar danos hipotéticos, eventuais ou remotos, pois nesses casos, nosso ordenamento não os reconhece como indenizáveis, o alvo é o âmbito da oportunidade, de algo que foi tirado ou impedido de forma ilícita, com potencial de ocasionar danos ou de evitar prejuízos de ordem patrimonial e/ou extrapatrimonial.

Diante do exposto, a pesquisa se propôs a investigar aspectos positivos e negativos dessa possibilidade, bem como verificar o referido diálogo tem consonância com o direito institucional legislado - em nosso país - alcançando e zelando pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A abordagem metodológica adotada - no presente trabalho - foi baseada em pesquisas bibliográficas associadas a revisões de literatura com o intuito de facilitar e ao mesmo tempo respaldar, cientificamente, às conclusões e resultados alcançados na

delimitação da temática abordada.

O acervo bibliográfico usado para a elaboração dessa revisão foi baseado em livros, períodos e sites relacionados ao tema: “*teoria da perda de uma chance*”, “*aplicabilidade da teoria da perda de uma chance*”, “*a paternidade na perda de uma chance*”, “*abandono afetivo*”, “responsabilidade civil no direito de família” publicados entre 2012 a 2019, principalmente. Dessa forma, a metodologia aqui adotada propiciou um estudo a respeito da temática por via de fontes legais, seguras, confiáveis e atualizadas, somadas às análises de artigos, trabalhos e textos afins, ajudando a compor uma base teórica robusta.

No primeiro momento da pesquisa, serão expostas noções e composições a respeito do instituto Família abrangendo conceitos da Psicologia, Sociologia, evolução histórica e modelos da família contemporânea, assim como será abordado o princípio fundamental e norteador desse instituto, o afeto como liame de parentesco familiar. Dispositivos legais - como a Constituição Federal, o Código Civil, o ECA e até o Código Penal - serão utilizados como referência de eventuais violações aos direitos fundamentais dos grupos específicos aqui tratados (pais e filhos). Em seguida, debruçará no objeto de estudo, a Teoria da Perda de uma Chance, baseando no conceito, aplicabilidade típica para o fim desta pesquisa e na responsabilidade civil pela perda de uma chance, a diferenciando dos demais tipos.

Por fim, já no tópico conclusão em que serão apresentados resultados e discussões, seção do trabalho a qual traz resultados, consonantes com os objetivos do estudo, a viabilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilização civil na omissão da paternidade em diversas vertentes, como por exemplo, situações em que os filhos busquem reparações indenizatórias pela perda da oportunidade de ter reconhecida a figura paterna em momento de maior vulnerabilidade, o da construção de sua própria personalidade, assim como pais que pleiteiem responsabilizar civilmente terceiros pela perda da oportunidade de exercerem de forma plena a paternidade em relação a sua prole. Enaltecendo a oportunidade séria e real, a qual se perdera por vontade alheia, o bem a ser protegido pelo direito. Como também deverão constar as divergências e os desafios a serem superados visando aperfeiçoar a aplicabilidade da teoria como forma reparadora do reestabelecimento do equilíbrio das relações paterno-filiais contribuindo para a eficiência da atividade jurisdicional do direito brasileiro.

2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

No decorrer de vários anos, segundo Arruda (2016), a definição de família esteve inerentemente relacionada ao que se entendia por casamento, no qual um conjunto de pessoas unidas a um casal, que estava conectado por um matrimônio indissolúvel.

A definição de família altera-se de acordo com o tipo de sociedade, o tempo e a sua estrutura social, à proporção em que se modifica de acordo com influências dos acontecimentos sociais. Dessa maneira, o conceito de família vai se adaptando de acordo com o local e sociedade em que está inserido (VITAL, 2002).

Na Psicologia, conforme Gomes (1988), a concepção de família se norteia pela livre escolha por questões afetivas, surgindo um compromisso moral de cuidados recíprocos entre crianças, adolescentes e adultos integrantes da relação duradoura, mas também hierarquizada.

Para a Sociologia, conforme Durkheim (2007), o mesmo vocábulo define a estrutura familiar como organização social “básica”, e por ser simples preenche e integra de forma essencial a vida biológica e social em qualquer sociedade do planeta.

Atualmente, essa compreensão está ainda mais “aperfeiçoada”, quando qualifica o afeto como preceptor, liame indispensável e, portanto norteador de percebermos a existência de uma entidade familiar, contrapondo a família patriarcal e arcaica, inteiramente e somente relacionada pelos laços de sangue e pelo patrimônio.

Assim sendo, Pereira (2012, p. 211) afirma que: “para que haja uma entidade familiar é necessário afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental”. Por isso, a família está ligada - principalmente - ao sentimento comum entre os seus componentes, não necessariamente relacionada ao número de pessoas que a compõe.

Nesse mesmo contexto, Barros (2002) conceitua o afeto familiar como um sentimento que não está relacionado à presença física de algum membro da família ou até mesmo independe do momento, mas se trata de uma ligação forte, completamente atemporal e tenaz.

Lôbo (2002) discursa em uma de suas obras que em um núcleo familiar, existem elementos definidores, tais como: a afetividade que é conceituada pelo autor

como sendo o fundamento e finalidade da família, com desconsideração do “móvel econômico”; a ostensibilidade pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade enquanto tal, que assim se apresente publicamente; e a estabilidade implica comunhão de vida e, simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, em outras palavras, relacionamentos sem compromisso.

Nesse sentido, a família não pode ser mais associada a uma relação de poder, ou de dominação, entretanto deve ser entendida como uma relação que engloba o laço da afetividade e solidariedade, dessa maneira, significando dizer que é proporcionar atenção às necessidades fundamentais manifestadas pelas crias e demais membros, no que se diz ao afeto e à proteção (PEREIRA, 2012).

Diante do exposto, que no que diz respeito ao direito de família, as relações hoje são consideradas igualitárias e solidárias com respaldo significativo em nossa carta magna, no que a mesma propõe.

Ainda, sobre o instituto família, historicamente e de forma breve, era, de modo geral, numerosa, firmada no casamento, tendo o pai com o poder de vida e morte sobre a mulher, filhos e escravos (PEREIRA, 2012). Nesse contexto, a mulher, filhos, bens tudo era considerado propriedade do homem e nos casos de separação conjugal, naturalmente, os filhos ficariam com o pai.

Em 1916, o Código Civil regulamentava que esse modelo de família patriarcal - sustentada pelo pai - constituía todos os poderes da família em suas mãos, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo.

Assim sendo, a classificação da composição familiar se dá, principalmente, conforme estudos de Psicologia e Sociologia, conforme a Classificação de Kaslow (2002), na qual consiste em: Família nuclear, incluindo duas gerações com filhos biológicos; Famílias extensas, incluindo três ou quatro gerações; Famílias adotivas temporárias; Famílias adotivas, que podem ser birraciais ou multirraciais; Casais; Famílias monoparentais, chefiadas por pai ou mãe; Casais homoafetivos (homoparentais), com ou sem criança; Famílias reconstituídas após divórcio; Várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais, mas com forte compromisso mútuo.

Isso posto, conforme Brym et al. (2008), a Família Nuclear consiste na união entre um homem e uma mulher que vivem e mantêm um relacionamento sexual,

socialmente convencional, possuindo pelo menos um filho. Podendo também estar relacionada à visão de que a esposa cuida da casa e filhos, enquanto o marido permanece fora de casa para tratar de trabalho. Dessa maneira, o homem passa a ser o provedor desse tipo de família.

Sabe-se que a Família Nuclear apresenta determinadas características, dentre elas, segundo Macklin (1980), pode-se citar: a união legal entre o homem e a mulher; com a presença de filhos; o pai e a mãe; é uma família de caráter permanente; o homem é o único provedor e a autoridade da família; apresenta exclusividade sexual; a heterossexualidade; constitui, também, em domicílio composto por apenas dois adultos.

Já as Famílias Extensas são organizadas pelo núcleo familiar e agregados, que vivem no mesmo ambiente. Com tal característica, a Família Extensa foi trocada pela família nuclear, principalmente, nos grandes centros urbanos. Outrossim, apresentaram novas formas familiares desassociadas da união legal, conforme Fonseca (2002).

As Famílias Adotivas, no que lhe concerne, trazem consigo a oportunidade da adoção prevista no Código Civil brasileiro, podendo, assim, transformar em realidade um sonho de constituir uma família. Nessa composição formada por um homem e mulher, o filho não ostenta os mesmos vínculos de consanguinidade é o que diz Fonseca (2002), em outras palavras.

A família descrita como “Casal” é aquela formada pelo o homem e mulher que se vinculam por intermédio de um matrimônio, entretanto não idealizam nem adotam possíveis filhos.

No que diz respeito ao modelo de Famílias Monoparentais, estas são formadas por aquelas que convivem com apenas um dos progenitores, com os filhos ainda menores. Desse modo, a expressão “famílias monoparentais” foi usada certa vez na França, em meados dos anos 1970, para fazer referência às unidades familiares daquelas pessoas que vivem sem cônjuge, sem parceiro, além de possuírem um ou vários filhos menores de idade.

Seguindo o mesmo pensamento de Passos (2008), a Família Homoparental sempre existiu na terra, pois desde a Antiguidade sabe-se de diversos casos de pessoas homossexuais com filhos. Entretanto, a singularidade está presente na desagregação entre a sexualidade e a procriação, como também nas diversas possibilidades de

vivenciar a experiência da parentalidade.

Essas Famílias Homoparentais são formadas por pessoas do mesmo sexo que conseguem ter filhos através de alguns determinados caminhos, sendo eles, segundo Passos (2008): (a) reconstituição – um dos parceiros traz para a relação homossexual os filhos do casamento anterior; (b) a adoção – legalizada ou não; (c) a coparentalidade – em que um dos membros do casal gera uma criança com uma pessoa que oferece parceria biológica e o filho passa a fazer parte do núcleo parental do pai ou mãe homossexual.

Cervený (1997), em um de seus trabalhos, relata a respeito da flexibilidade existente na legislação civil brasileira, o que permitiu uma nova configuração de família, sendo ela: a família reconstituída. O casamento entre duas pessoas - após o divórcio – constitui-se em fato, cada vez mais, presente nos tempos atuais, surgindo como uma oportunidade de reconquistar vínculos essenciais de intimidade, companheirismo, afeto, além da possibilidade real de pessoas separadas poderem reconstituir uma nova família. Esses modelos de união não somente acenderam as formas de estar ou ser casado, como também ainda impulsionaram o surgimento de novas formatações de família.

E por fim, quanto às pessoas que vivem juntas, mas que não apresentam laços legais, contudo que apresentam um forte compromisso mútuo, é uma forma de expressão clara entre homens e mulheres e seus filhos, se houverem, em constituir uma nova forma de instituição familiar, cabendo dizer que atualmente, esse modelo é adotado por diversos casais.

É possível perceber que diante dessas classificações, o conceito de “família”, em suas mais diversas formas, está relacionado, cada vez mais, com a realidade dos tempos atuais. Assim, faz-se necessário considerar as particularidades, diversidades e, também, as singularidades de cada modelo de família.

É importante ressaltar que muito se deve à constituição do Estado social de 1988, a qual afirma a família ser a base da sociedade, foi esta a que mais influenciou de maneira incisiva e ao mesmo tempo a que mais liberalizou as relações familiares dentre todas as demais constituições já vividas na história da nossa pátria.

3 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Como já mencionado no contexto histórico da família do século XIX, o *pater familias*, conhecido também como o chefe da família, detinha uma gama de poderes em suas mãos. Por sua vez, a mulher se limitava execução das atividades domésticas, geração e criação de filhos.

Posteriormente, com a evolução dos tempos, houve modificações na estrutura da família de modo que a mulher passou a romper barreiras, contribuir financeiramente para a subsistência da família e o homem passou a ser mais presente nas tarefas familiares e, conseqüentemente, exercendo - em maior tempo - a paternidade de forma plena.

Diante do exposto, na nova estrutura familiar, a família, no que lhe concerne, passou a se ligar e a se manter, predominantemente, por meio de elos afetivos. Assim sendo, Barros (2002) reporta o afeto como sentimento enlaçante e comunicador entre as pessoas, ainda que distantes geograficamente, no entanto intimamente solidárias e fundamentais na vida um do outro, visando à vivência, à persistência e à subsistência de seus integrantes, ser determinante na constituição familiar.

Dessa maneira, o atributo afeto é de extrema importância, nas relações parentais e familiares, haja vista que, por exemplo, no caso dos filhos, estes tendem a retratarem a conduta e modos de seus genitores ou responsáveis, pois estes são suas referências durante toda formação enquanto ser. Para concordar e reafirmar a questão de referencial na construção da personalidade humana, Cecconello et al. (2003) enfatizam que a relação entre pais e filhos, no ambiente educacional familiar, resulta em aprendizagens que desenvolvem senso de permanência e de estabilidade no convívio social.

Faz-se então necessário afirmar que a ausência de tal qualidade configura omissão de carinho, diretriz e proteção, imprescindíveis para a formação global da personalidade da criança (SERRA, 2018). Conseqüentemente, a anulação do afeto é um dos fatores que desenvolvem distúrbios emocionais e comportamentais altamente significativos e devastadores, por exemplo, o sentimento de não pertencimento. Em outras palavras, a cessação ou omissão do afeto, reporta à rejeição na vida do indivíduo em formação, fulminando em danos emocionais por vezes irreparáveis.

Esse fato supracitado pode ser - incontestavelmente - visualizado em um estudo realizado por Dias (2016), no que consistia em indícios de insegurança e falta de felicidade, no convívio com os grupos sociais: intra e extrafamiliar. Foi constatado que indivíduos - em convívio social - são afetados pela ausência do afeto, no intrafamiliar, por exemplo, observou-se o comportamento tímido e introvertido com seus próprios familiares.

Dessa maneira é possível afirmar que, segundo Dias (2016), o convívio dos genitores com a sua progênie não se trata de um direito, entretanto se constitui em um dever. Mesmo se for só o direito e o dever de visitá-lo, ainda assim, é de suma importância que seja cumprido proporcionando a sua prole o direito de preenchendo à vida da criança fazendo-a se sentir amada, claro, não descartando ou substituindo a obrigação dos genitores, e, que de preferência seja de coabitação com os seus filhos.

Dias (2016) e Serra (2018) afirmam, em seus estudos científicos, que o afastamento entre pais e filhos resulta em efeitos de cunho emocional o que pode arriscar no desenvolvimento saudável do filho, comprometendo o sócio-psíquico do mesmo. Assim, definitivamente, conclui-se que na vida da criança, ser em formação, o abandono afetivo e o sentimento de dor são fatores em potenciais os quais podem provocar danos irreversíveis em sua vida.

Em decisão inédita, no ano 2012, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prolatou decisão condenatória obrigando o pai pagar R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a sua filha a título de indenização por danos morais por abandono afetivo. A indenização foi concedida mediante exame de DNA o qual atestou a paternidade (STJ, Recurso Especial 1.159.242 - SP (2009/0193701-9))³. Tal dispositivo sentencial, *in verbis*, abriu precedentes para outras decisões nesse mesmo sentido. A Ministra

³ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, Recurso Especial 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, 3ª turma)

reconheceu o abandono afetivo como intrínseco no ordenamento jurídico pátrio, ainda que não esteja normatizado).

Mesmo não havendo qualquer conduta comissiva com potencial tentador à dignidade da prole, a omissão por si só, basta para desencadear consequências devastadoras para o desamparado, gerando para o genitor o dever de indenização.

Diante do exposto, e, segundo Tepedino (2013), para o Direito, a família apenas ganha sentido a partir do momento em que ela se trata de um veículo funcionalizador à ascensão da dignidade dos componentes que a integram. Posto isso, em concordância com Pereira (2012), o ordenamento jurídico compreendeu tal modificação, a partir do momento em que passou a julgar o afeto com um valor jurídico de relevância substancial para o Direito de Família.

É exemplo disso, a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas de filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consanguinidade. Além disso, todos os filhos passam a receber o mesmo tratamento constitucional, independentemente de sua origem e se são biológicos, ou não.

Em conformidade com Pereira (2015), o Direito de Família tão somente jazerá em concordância com a dignidade da pessoa humana, na condição de determinadas relações familiares, como o vínculo entre pais e filhos, permeados de cuidado e de responsabilidade, independentemente da relação entre os cônjuges ou companheiros, se o filho nascer de uma relação extraconjugal, ou mesmo se não houver conjugalidade entre os pais, se ele foi planejado ou não. Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona ou impede o exercício da afetividade junto ao filho, isto é, deixa ou impede voluntariamente de conviver com a prole.

Para o mesmo autor, adentrando no ponto principal do presente pesquisa, significa dizer que, no trecho anterior, além da existência de danos morais, é possível considerar uma indenização suplementar, uma quarta modalidade de responsabilidade civil localizada entre as já codificadas em nosso ordenamento jurídico, cujo objeto a reparar, é a oportunidade perdida, esta, necessariamente séria e real do convívio e/ou da presença com a figura paterna a qual remete o tema desta pesquisa.

Destarte, ainda na seara da afetividade, Serra (2018) constata que o afeto é exemplificado por intermédio de um laço subjetivo que está presente na convivência

parental. Assim, promovendo um fortalecimento do afeto, no caso específico, entre pais e filhos. E com a provocação de ruptura desse vínculo, permite-se a responsabilização civil, do agente que lhe deu causa, no âmbito de Direito de Família.

Seguindo esse contexto, o Conselho Nacional de Justiça (2015) declara que quando caracterizada a indiferença afetiva de um genitor, em relação a seus filhos, ainda que não exista abandono material e intelectual, pode ser constatado, na Justiça, o abandono afetivo. É possível concluir com essa declaração que o abandono afetivo partido de qualquer que seja o genitor, não está relacionado a questões materiais ou intelectuais, que possam ser, ou não, oferecidas a sua prole, entretanto, está relacionada à falta do afeto, carinho e convívio com o mesmo, durante a construção do indivíduo enquanto ser, o crescimento, a formação e o desenvolvimento, momento de maior ou total vulnerabilidade do ser humano.

Cabendo salientar que, conforme jurisprudências pátrias, uma vez comprovado o abandono afetivo, torna-se cabível a punição ao genitor que cometeu tal ato ilícito. Tendo em vista que o amor, a afetividade que se traduz na relação jurídica entre pais e filhos não é apenas em sentimento devido, mas em direitos e deveres, notoriamente implícitos e descritos em nosso ordenamento, e, uma vez descumprido de forma intencional, comprovada o dolo ou a culpa do agente em seus atos deverá acarretar consequências podendo ser no âmbito civil, mas também no penal, a depender do caso concreto, com o intuito de reestabelecer ou compensar o equilíbrio das relações jurídicas familiares entre pais e seus filhos.

Vale reafirmar da preocupação do legislador em relação a tal tutela no direito, até no Código Penal trata sobre as relações familiares entre pais e filhos, no capítulo III titulado “Dos crimes contra a assistência familiar”, por exemplo, prevê situações de abandono, os quais devem ser reportados ao abandono afetivo por tudo que já fora exposto. Segue no código, abandono material: previsto no art. 244, CP⁴, descreve o abandono material.

Em boletim do IBDFAM, Belo Horizonte n.29, O Ministro Luiz Edson Fachin (2003, p.3) vai dizer que: “A pior miséria humana é a pobreza de afeto. Matar a fome de afeto, eis a grande meta de uma sociedade solidária e generosa”.

⁴ art. 244, CP: “Deixar”, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Direito da Família (2012) caracteriza o abandono afetivo como a impossibilidade afetiva de um dos progenitores, no tocante à sua progênie, independentemente da presença do abandono material e intelectual. Determinadas decisões do Superior Tribunal de Justiça já de pronto presumem em conceder o reparo dos danos que o abandono afetivo ocasiona, por indenizações, se sustentando que o abandono afetivo também se dá pela inadimplência do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia presente, constituídos por direitos e deveres que estão ventilados por todo o texto da nossa Constituição Federal.

4 DISPOSITIVOS LEGAIS À DISPOSIÇÃO DAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Os Direitos Fundamentais consistem nos direitos básicos que todo e qualquer indivíduo, residente no Brasil, estão assegurados de acordo com a Carta Magna brasileira. Entidades defensoras de interesses da família, assim como sugestões populares influenciadoras, no processo de promulgação da Constituição de 1988, através da Assembleia Nacional Constituinte, priorizaram por mais, aspectos pessoais, aos patrimoniais das relações de família, refletindo em transformações em diversos âmbitos, tais são elas: a afetividade como liame principiológico da construção familiar, igualdade entre homem e mulher, paternidade responsável, isonomia entre filhos independente da origem, entre outros.

Dessa maneira, esses direitos são de ordem individual, social, política e jurídica que, por sua vez, estão interligados com os direitos humanos, Os quais garantem, por exemplo, a liberdade, a vida, a igualdade, a educação e segurança da pessoa humana. Assim, a Constituição Federal de 1988 (CF) em seu artigo 5º, caput⁵ comprova intrinsecamente alguns princípios norteadores de sua promulgação, e seguindo com o mesmo artigo 5º, V,CF⁶, e ainda no inciso X⁷ do mesmo artigo, possibilidades de responsabilizações.

Ainda no capítulo VII da Carta Magna, este é voltado à proteção global da família, da criança, do adolescente, jovem e do idoso em seus artigos 226, 227, 228,

⁵ Art.5º, CF, caput: “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:”

⁶ Art.5º,V,CF: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

⁷ Art.5º, X, CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

229 e 230, e, desses cabe aqui ressaltar o art. 229, CF⁸, o qual trata de assunto bem pontual para a referida pesquisa que diz respeito à relação entre pais e filhos, na qual a Constituição Federal de 1988 assegura os deveres que pais precisam exercer, perante a lei, em relação a seus descendentes.

Sabe-se que o não cumprimento desse dever, pode ocasionar, para os genitores, consequência tanto no âmbito civil como no penal, com penalidades, como multas ou indenizações e até prisão. Portanto, estará sujeito à responsabilização, por exemplo, o genitor que, por sua vez, continuar inerte ao cumprimento de deveres preestabelecidos em dispositivos legais relacionados à sua prole.

Também cabe ressaltar, a responsabilidade civil contemporânea, que quando se refere à proteção da criança e adolescente percebe estes como sujeitos de direito próprio, ou seja, recebe especial tutela do ordenamento jurídico pátrio devido a estarem com sua personalidade em construção de forma integral e, portanto amparada tanto pela nossa constituição atual como pelo da Criança e do Adolescente - ECA (Estatuto de 1990), esta, legislação ainda mais específica para o referido grupo. Afinal os filhos estarão, em quanto, tutelados por seus responsáveis legais, em desenvolvimento e em formação, norteados a alcançarem autonomia e responsabilidades próprias, daí a justificativa de serem tratados como sujeitos de direitos específicos pelo nosso ordenamento jurídico.

O Código Civil também reforça os direitos e deveres jurídicos dos sujeitos, nas relações familiares, permeando dispositivos os quais visam à proteção dos indivíduos com as mais diversas funções na vida em sociedade. E, portanto, mais uma vez as crianças e os adolescentes são tutelados de forma específica norteados por características particulares, inerentes da personalidade em formação do referido grupo, e, portanto, delimitando a capacidade civil dos mesmos.

Ratificando a afirmação supracitada, pelo que dispõe o artigo 5º do Código Civil, seguindo com os incisos do I-V exemplificando condições para que a maioridade destes seja reconhecida.⁹

Para Kant, na sua obra, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, versão traduzida em 2005, por Paulo Quintela, o amor ou o afeto natural, puro não pode ser

⁸ Art.229, CF: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

⁹ Art.5º, CC: "A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil".

ordenado juridicamente, no entanto, atos de responsabilidade, ou seja, o dever de fazer, esse sim é passivo de ordenamento, mesmo quando quem o deve tenha aversão e nenhuma inclinação a fazer, “o amor é prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade” (KANT,1986, p.30).

Em consonância ao descrito e visando à eficiência dos direitos e deveres, nas relações pais e filhos, até no Código Penal encontramos proteção aos referidos sujeitos, no artigo 133, caput.¹⁰, seguindo nos parágrafos e incisos seguintes, prevendo sanções para casos de abandono de pessoa que esteja sob a guarda, cuidado, vigilância ou autoridade, englobando também filhos e menores, de tal maneira que os impossibilite a se defender dos riscos pertinentes ao abandono, aumentando significativamente a tutela pretendida a assistir grupos específicos.

A responsabilidade civil dos pais é baseada na execução do poder familiar que lhes é atribuído por um enorme leque de fazeres e deveres, não necessariamente uma forma de poder, e sim uma maneira complementar da obrigação de educar as progênes e manter vigilância, convívio, afeto e cuidado sobre os filhos. Essa responsabilidade apoia-se em uma presunção concernente, ou em uma modalidade de responsabilidade objetiva, no Código Civil.

Existem duas condições que se flexionam nessas particularidades de responsabilidade, são elas, conforme Venosa (2008): a menoridade e o fato de os filhos estarem sob o poder ou autoridade e companhia dos pais.

Dessa maneira, a responsabilidade dos genitores não pode ser apartada, pois a criança ainda não apresenta a aptidão de discernir o certo do errado. Ao mesmo tempo, torna-se mais rígida necessitando da atenção dos pais, uma vez que as progênes não possuem ainda o ínfimo de circunspeção.

Sabe-se que na conjuntura atual, devido a múltiplas condições, há várias barreiras que atrapalham e acabam impedindo o caminhar do filho rumo à autonomia em relação às décadas passadas, como por exemplo, o alto custo de morar sozinho e a opção por casar e ter filho mais tardiamente, ou seja, os variados motivos flutuam entre o financeiro ao emocional, fazendo surgir o fenômeno da “geração canguru”, jovens estão demorando mais a “saírem das casas dos seus pais”.

¹⁰ Art. 133, CP: “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos”. Sendo causa de **Aumento de pena**, Art. 133,§ 3º,CP: “As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima”

Assim, os genitores apresentam, ainda mais, um papel fundamental na vida da progênie, de tal maneira a incentivar, apoiar e garantir os preceitos fundamentais para a sua independência, proporcionando condições para estes desenvolverem seus potenciais.

5 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO NOSSO ORDENAMENTO

Relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, inclusive passivo de relacionar-se ao direito comparado, por ter sido absorvido do direito francês, a mais ou menos 20 (vinte) anos, a Teoria da perda de uma chance vem ganhando força na doutrina e jurisprudência nacional no âmbito do direito de família, e com potencial de ajudar a resolver conflitos atingindo um âmbito até então, não tutelado singularmente, o da oportunidade ou possibilidade, nas relações sociais.

No que diz respeito ao conceito da teoria da perda de uma chance, Farias; Rosenvald (2007) afirmam poder existir uma terceira via com significado e efeitos próprios em meio ao dano certo e ao hipotético.

Compreende-se dessa maneira que para ser possível determinado dano ter de fato efeitos próprios, é imprescindível, entretanto, que o prejuízo seja composto de seriedade e realidade, não se qualificando, desse modo, como objeto do direito à reparação meras conjunturas de cunho subjetivo, ou seja, danos eventuais, hipotéticos ou remotos daquele que se sentiu lesado (FARIAS; ROSENVALD, 2007).

Apesar do dano não ser aqui, nesse trato, prioridade para essa modalidade autônoma de responsabilidade civil, é interessante conceituá-lo em sintonia com Cavalieri Filho (2007), o qual define dano, como sendo, a diminuição de um bem jurídico, independente de qual seja a natureza, isto é, seja ele correlacionado a um bem patrimonial ou relativo à própria personalidade da vítima em questão, podendo citar, por exemplo, a honra, a imagem e a liberdade. Afinal, dano é um ultraje de determinado bem jurídico, seja ele patrimonial ou moral.

O mesmo autor, Cavalieri (2007 apud SILVA, 2013), ainda explana que a perda de uma chance deve ser enxergada como a perda por uma contingência de se alcançar um determinado e possível resultado ou, até mesmo, de se impedir a possibilidade de ocorrência de um dano. Dessa maneira, valoriza as oportunidades que se apresentarem para lograr o feito. Isso quer dizer que, essa teoria se torna uma ferramenta meio, daquele que a requer tentar obter uma reparação em cima da chance

que foi perdida por razões alheias à sua própria vontade, o que remete à complexidade do tema.

Da mesma maneira, para Bioni (2008), a teoria da perda de uma chance consta que mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe uma probabilidade de prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar uma vantagem ou evitar um prejuízo.

É possível notar que, o dano, nos casos aplicados à relação paterno-filial trata-se de algo subjetivo, no entanto, diferentemente dos danos emergentes e dos lucros cessantes, bastarão ser provados o agente causador da perda da possibilidade mediante dolo ou culpa e o nexo de causalidade do mesmo, para a viabilização da referida responsabilidade por via desta teoria, pois o bem a ser tutelado é a oportunidade, e não o resultado. Pretendendo por via dessa modalidade de responsabilização civil uma forma em potencial de reestabelecer o equilíbrio que foi rompido, uma vez afetada a paridade da relação jurídica do caso concreto, desequilíbrio este, que pode provocar inimagináveis efeitos na vida de quem é privado da oportunidade que lhe era de direito.

A fim de que seja caracterizada e reiterando estudos sobre a Teoria da perda de uma chance é indispensável que esvaneça a verossimilhança de um determinado acontecimento que permitiria um benefício futuro à vítima, em consequência do comportamento de outrem. É recomendado, porquanto, compreender por chance, a possibilidade de se alcançar um ganho ou de se impedir uma avaria (FILHO, 2007).

No que diz respeito às principais características da Teoria da perda de uma chance, em concordância com Chabas (1990), têm-se: a vítima deve estar em um processo aleatório; interrompido pelo ato do agente e que, ao final; poderia lhe apresentar uma vantagem ou lhe evitar um prejuízo.

Cooperando também, Peteffi da Silva (2013) observa que outro atributo igualmente significável e essencial para se diferir a chance perdida com outras espécies de dano é a absoluta falta de prova de vínculo causal entre a perda dessa adjunta e o ato danoso, porquanto a aludida aposta é contingente por natureza.

Relembrando o lapidar caso que muitas obras citam, há aquele do programa de televisão “O show do milhão”, em que um participante do referido programa, buscava ganhar o prêmio máximo e para isso teria que responder corretamente uma sequência de perguntas e conquistar o prêmio máximo no valor de um milhão de reais, na última

pergunta, a qual abordava um tema constitucional, teria que indicar a alternativa correta entre das quatro apresentadas pela edição do programa. No entanto, todas as alternativas disponibilizadas eram erradas. O que impossibilitou a conquista do almejado prêmio (REsp 788.459/BA)¹¹.

Segundo os pensamentos de Pereira (2001), se porventura a ação se basear em um simples dano hipotético, não compete à reparação. Contudo, esta será devidamente admitida se inclusa à ideia da perda de uma oportunidade '*perde d'une chance*' se puder estabelecer a certeza da possibilidade de vantagem ou de evitar um prejuízo.

Conjuntamente a isso, é de assaz relevância a comparação dos pressupostos da responsabilidade civil a fim de que se conjecture a aplicação do instituto. No meio deles, menciona-se a conduta do agente, qualificada pelo dolo ou culpa, a possibilidade de dano, e o nexo de causalidade entre eles, disserta de forma bem objetiva (NUNES, 2018).

Nunes (2018) ainda relata que com o intuito de compreender melhor, é sucinto em verificar se a oportunidade inserida em análise, verdadeiramente seria aproveitada, caso se não tivesse intervenção do agente que lhe a subtraiu. Assim, a chance perdida efetivamente apresentaria sucesso, numa contingência, acaso o fato gerador da responsabilidade não tivesse cessado o andamento habitual dos eventos.

Ou seja, é necessário conhecer a chance que foi perdida no contexto que está situada, levando em consideração quem lhe deu causa, o ato e a possibilidade de danos acarretados para a vítima.

Todavia, apesar da divergência na doutrina sobre o tema, tal qual o autor Nascimento (2013) admite que não haja classificação, de modo unânime, da perda de uma chance por causa da inexistência de critérios invariáveis de maneira que exista um inteirado emprego do institucional.

Deveras vem a repercutir na jurisprudência, a julgar pela contrariedade vivente a fim de classificar a espécie de dano, do mesmo modo que a fixação do

¹¹ RECURSO ESPECIAL, INDENIZAÇÃO, IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (RE-Sp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, Dj 13/03/2006 p.334).

quantum indenizatório, apresentando como objeto a ser reparado, é a oportunidade.

É importante observar que por se buscar indenizar a oportunidade de se obter alguma vantagem ou evitar algum prejuízo é que o *quantum* indenizatório respaldado pela referida teoria é inferior em relação à pretensão indenizatória por danos emergentes ou por lucros cessantes.

Isso também se faz compreender a pretensão indenizatória pela Teoria da perda de uma chance situar-se exatamente no meio termo, entre um dano emergente e o lucro cessante, pois não se faz necessário comprovar o dano efetivo, por isso que o pedido não é o do dano provado, ou lastreado na vantagem que a vítima deixou de angariar (acobertada pelos lucros cessantes).

A reparação é objetivada pela chance em si, oportunidade tolhida por ato ilícito de terceiros o que impediu de alcançar ou não a vantagem. A oportunidade se liga no futuro, por isso que a linha de desdobramento tem que estar muito clara para se tornar passível de direito à indenização.

Para fins do que é abordado, no presente trabalho, a Teoria da perda de uma chance aplicada às relações familiares, mais especificamente entre pai e filho, pode culminar em indenizações reparadoras ou ao menos compensatórias por várias vertentes: O filho que teve a sua oportunidade de convivência e afeto com a figura paterna, como, em situações em que o pai é impedido por terceiros de exercer, de forma plena, a paternidade que lhe era de direito.

O que carece de ser ressaltado e instigado em conta é a possibilidade daquela chance perdida ter um resultado oportuno para a vítima.

Nesse sentido, discorre Cavalieri Filho (2012), que não se deve, entretanto, observar para a oportunidade como perda de um resultado certo, pois não se trará a *fidúcia* de que o evento se alcançará. Contudo, se carece enxergar a chance como a perda da possibilidade de obter um resultado ou de se impedir um dano; necessita-se considerar as possibilidades que o sujeito apresentava de obter o resultado para visualizar se são, ou não, proeminentes para o ordenamento.

À vista disso, o maior revés da aplicabilidade da teoria da perda da chance é propriamente saber discernir casos aplicáveis ao instituto com ocasiões nas quais o dano é unicamente hipotético. A ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) avalia, nessa continuidade, que:

A adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o 'improvável' do 'quase certo', bem como a 'probabilidade de perda' da 'chance de lucro', para atribuir a tais fatos as consequências adequadas.

E mais, não obstante das várias considerações no que diz respeito à aplicação da Teoria da perda de uma chance, precisamente devido à falta de veracidade e a falta de credibilidade que isso eventualmente poderia originar.

Peteffi (2013) finda que por meio de alegações apresentadas, a maior parte da doutrina assegura que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não carece de conhecimento de nexos de causalidade alternativa para ser regularizada. Somente uma maior fissura conceptual, no que diz respeito aos danos indenizáveis, já seria categoricamente satisfatório para a aplicação da Teoria da perda de uma chance, nos mais variados ordenamentos jurídicos.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NA OMISSÃO DA PATERNIDADE

Então é considerada característica marcante da responsabilidade civil pela perda de uma chance que o dano potencial esteja na linha dos desdobramentos, e que a linha esteja situada realmente como um dano em potencial. É importante dizer: aquilo que se busca indenizar não é a vantagem que a pessoa teria no futuro, pois aqui estaríamos diante de indenização com base em dano patrimonial por lucros cessantes (Arts. 402, CC¹² e 403, CC¹³).

Diante do exposto, a Teoria da perda de uma chance sistematiza-se em compreender as inestimáveis circunstâncias em que a responsabilidade civil não englobava. Destarte, a aparição da "perda da chance" abrolhou como um retorno natural ao prosseguimento evolucionar do homem e dos eventos susceptíveis de responsabilidade.

Dessa maneira, Savi (2010) explana, em outras palavras, que o dano, por sua vez, advindo da perda de oportunidade de lograr um préstimo ou de evitar um detrimento foi ignoto pelo Direito no decorrer de muito tempo por não conseguir assegurar, com acerto, que, sem o ato do ofensor, o préstimo tornar-se-ia

¹² Art. 402, CC: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

¹³ Art. 403, CC: "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual".

adquirido.

Partindo da proposição de que a oportunidade subtraída à vítima é, equitativamente, um bem jurídico atual e certo, da qual violação perpetrada surge o direito de reparação, fragmento considerável da doutrina entende que deve ser ela qualificada como "uma subespécie de dano emergente", afirma SAVI (2010) - espécie de dano patrimonial – na qual o bem perdido "não é o que razoavelmente se deixou de lucrar, e sim a oportunidade já existente no patrimônio da vítima" (SAVI, 2010, p.261).

Dessa maneira, é comum a prole pleitear danos emergentes de cunho moral e/ou patrimonial em relação ao seu genitor, daí ser necessário teste de DNA, para o devido reconhecimento de paternidade, todavia para viabilizar a reparação civil dos danos emergentes (prejuízos efetivos, já ocorridos) ou lucros cessantes (o que deixará de ganhar). No que diz respeito à teoria da perda de uma chance, ela não viabiliza nem os danos emergentes, nem lucros cessantes, e nem os hipotéticos, eventuais ou remotos, sendo estes três últimos não são passíveis de indenização pelo nosso ordenamento jurídico, já pacificado na jurisprudência, entretanto o objeto a ser protegido e/ou reparado pela teoria é a oportunidade do exercício da paternidade de forma plena, e o de ser filho, também de forma plena que lhes foram tiradas, independente de como seria aproveitada a referida oportunidade pela vítima se assim lhe tivesse sido possível, o resultado danoso aqui não importa. Portanto, trabalha com a ideia de probabilidades ao invés de certezas.

A prole dependente dos pais, e aquela acaba sendo vítima da ilicitude por parte dos seus genitores, que em determinadas situações negligenciam e/ou se omitem da convivência familiar, ou ainda, impede dolosamente que o outro exerça seus direitos e deveres, inerentes à condição de pai, encontrando amparo legal e jurisprudencial no ordenamento pátrio (PRADO, 2012).

Pode-se perceber que consonante ao estudo, a Teoria da perda de uma chance pode ser definida como meio para respaldar a responsabilização civil inerente a ato ilícito, o qual retire a oportunidade séria e real de se obter uma vantagem, de diminuir ou evitar um prejuízo.

Trazendo para o tema da pesquisa, por tudo que foi exposto com embasamento científico no âmbito da Sociologia, Psicologia jurídica, assim como no âmbito da legalidade, é indubitável, a grande importância da figura paterna no crescimento e desenvolvimento da personalidade do indivíduo, assim como o dever de

cuidar ser objetivo, o que se difere do de amar, este subjetivo, e, portanto considera-se eminentemente danoso o ser humano não saber de suas origens, a ausência do pai na vida de um filho e vice-versa muda por completo o sentido, a conduta e a vida dos envolvidos nessa relação.

Diante do exposto, quando por vontade própria, ou por culpa, alguém retira essa oportunidade de convívio, a teoria da perda de uma chance alinhada com o seu fim, surge com potencial específico de atingir uma responsabilidade situada entre os danos emergentes e os lucros cessantes, cuidando unicamente da possibilidade ceifada, pautada na certeza da perda da oportunidade causada por ato ilícito (comissivo ou omissivo).

Vale ressaltar que para a referida teoria, os danos efetivos não serão considerados, não será necessário comprová-los, razão pela qual o quantum indenizatório é de menor monta quando comparado aos danos emergentes e aos lucros cessantes, pois se baseia em probabilidade. Norteado pela busca do direito em preencher lacunas na lei, não é demais afirmar que a teoria da perda de uma chance nas relações paterno-filiais, preenche um delas, ao tratar de algo que por si só não faria jus à reparação indenizatória, portanto, cientificamente embasado, apresenta-se uma nova hipótese de responsabilidade civil sem a necessidade da comprovação do dano.

O parágrafo acima remete ao ponto de maior revés sobre a aplicabilidade da teoria ao tema, a ausência da concretização e credibilidade que a perda da possibilidade poderia originar.

Confirmando o dito, podemos - ao longo do trabalho - observar posicionamentos do STJ quanto à verificação das consequências dos fatos mediante o “improvável” ou do “quase certo”, preocupação explicitada pela ministra Nancy Andrighi sobre a adoção da teoria tema desta pesquisa.

Hironaka (2007), jurista do âmbito do Direito de Família e da Responsabilidade Civil, afirma que a responsabilidade dos pais incide, sobretudo em oferecer a oportunidade ao desenvolvimento das crias, consiste especialmente em contribuir na construção da própria liberdade. Faz referência a uma anástrofe total, assim sendo, do conceito antigo e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão é baseada na informação coerente da natureza dos componentes de uma genealogia, isso quer articular que não existe mais embasamento no exercício da coisificação

familiar.

Paralelamente, isso constitui em oferecer ao necessitado o zelo às obrigações contestadas pelos filhos em circunvizinhanças, precisamente, de afeto e proteção. Poder-se-ia dizer, assim, que um convívio em família no qual os laços afetivos são ligados por sentimentos positivos, de alegria e amor mútuos em invés de sentimento de tristeza ou ódio recíprocos, e dessa maneira, uma vida grupal em que se propõe não somente a autoridade dos pais e a instrução ao filho, como também, notadamente, a liberdade paterno-filial.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da divergência doutrinária e poucas jurisprudências sobre reparação pecuniária, no direito de família, a presente pesquisa pôde alcançar o seu fim, substanciada cientificamente por constatar potencial específico da teoria da perda de uma chance em casos de omissão de paternidade, por preencher lacuna existente no âmbito da responsabilidade civil no ordenamento pátrio, atingindo singularmente a possibilidade subtraída independente do seu proveito.

Diante de tudo que fora explicitado e discorrido, o presente artigo reconhece que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências. E comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, ofendendo direito alheio sendo, portanto devida a reparação dos danos por parte do ofensor pela transgressão de regras de convívio social impostas pelo Estado.

O exercício da paternidade, e, por conseguinte, do estado de filiação, é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias.

A omissão da paternidade viola deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um direito inexigível.

É formidável lembrar que conquanto ainda escassa a aplicação da teoria da

perda de uma chance na omissão da paternidade, a mesma se torna pertinente e favorável como reestabelecadora do equilíbrio, nas relações paterno-filiais, contanto que representada de modo concreto da privação da possibilidade de alcançar um efeito ou de se impedir um dano ao progenitor que se viu desapossado da oportunidade de convivência com seu filho, ou vice-versa.

A paternidade ultrapassa o mero ato de procriação, existe um fato cultural que remete o indivíduo às suas origens, portanto o vínculo biológico e/ou afetivo se apresenta como meio de garantia da dignidade de cada indivíduo.

Por se tratar de uma modalidade de responsabilidade civil nova, recepcionada por meio da doutrina e jurisprudência, estudos como este apontam a tendência de crescimento da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nas relações que envolvam reconhecimento e negatória de paternidade com caráter indenizatório e um consequente aperfeiçoamento quanto a sua aplicabilidade em resolução de conflitos, nas relações sociais desses grupos específicos, quebrando paradigmas em pleitos dessa natureza, considerando plenamente pertinente e adequada à aplicação da teoria da perda de uma chance em caso de omissão da paternidade, sem a necessidade a comprovação dos danos efetivos.

Destarte, compete ao juiz no caso concreto averiguar se, existiria contingência de um concreto ensejo de convívio e quanto às regalias da paternidade perdida, porquanto, versa-se de uma descrição de conjectura. E com relação ao valor da reparação indenizatória, são ausentes dispositivos legais sobre o assunto, no entanto, o juízo deverá ater-se à possibilidade, oportunidade subtraída, baseando-se em probabilidade.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **Responsabilidade civil no direito de família: da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência**. Faculdade Maurício de Nassau. Recife/PE, 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acessado em: 19 de agosto de 2019.

BARROS, Sérgio Resende de Barros. **A ideologia do feto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, 2002.

BARROSO, Sérgio Luiz. **A teoria da perda de uma chance**. JUS Brasil. 2015.

Disponível em: <<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/229752083/a-teoria-da-perda-de-uma-chance>>. Acessado em: 15 de agosto de 2019.

BIONI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. In: Direito Net, 2008. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>>. Acessado em: 15 de agosto de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 28 de agosto de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acessado em: 28 de agosto de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em: 28 de agosto de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **RESP n.º 1.159.242-SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Plenário. Brasília, 9 de abril de 2014. Disponível em: Acessado em: 10 de outubro de 2019.

BRYM RJ, LIE J, HAMLIN CL, MUTZENBERG R, SOARES EV, MAIOR HPS. **Sociologia – Sua bússola para um novo mundo**. São Paulo: Cengage Learning, 2008. 585p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. rev. aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHARTIER, Yves, 1996 Apud PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

CECCONELLO, A. M.; DE ANTONI, C.; KOLLER, S. H. **Práticas educativas, estilos parentais e abuso físico no contexto familiar**. Psicologia em estudo. V. 8, n. 2; p. 45-54, 2003.

CERVENY C, BERTHOUD C. **Família e Ciclo Vital – Nossa realidade em pesquisa**. São Paulo: Editora Casa do Psicólogo. 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Entenda a diferença entre o abandono intelectual, material e afetivo**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>>. Acessado em: 31 de agosto de 2019.

DIAS, Anita Branco; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini; LIMA, Wellington Henrique Rocha. **O abandono afetivo como forma de abandono de incapaz**. Anais da Jornada Integrada dos Cursos de Direito e Ciências Contábeis do Centro Universitário FAG.

Cascavel, 2017. Disponível em:
<<https://www.fag.edu.br/upload/revista/jinteg/5a68d24324727.pdf>>. Acessado em:
31 de agosto de 2019.

DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico**. 1858- 1917. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **O mundo tem forma de quê?**: Boletim IBDFAM, Belo Horizonte n. 29, p. 3, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4ª ed. Editora: Lumen Juris. 2007.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed., rev., atual .e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

FONSECA, C. **Mãe é uma só? Reflexões em torno de alguns casos brasileiros**. Psicologia USP. 2002 13(2)49-68.

GOMES, HSR. **Um estudo sobre o significado de família**. Tese de Doutorado. PUC-SP, 1988.

GUIMARÃES, Amanda Fernandes. **Diálogo entre o direito de família e a teoria da perda de uma chance: o abandono afetivo parental**. Universidade de Brasília, 2018. Disponível em:

<http://bdm.unb.br/bitstream/10483/21596/1/2018_AmandaFernandesGuimaraes_tcc.pdf>. Acessado em: 10 de agosto de 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. 2007. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/289/Os+contornos+jurídicos+da+responsabilidade+afetiva+>>>. Acessado em: 29 de agosto de 2019.

IBDFAM. **Teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2012. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4939/novosite>>. Acessado em: 12 de agosto de 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KASLOW, FW. **Families and Family Psychology at the Millenium**. American Psychologist. 2002, 56(1):37-46.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso

Brasileiro de Direito de Família – família e cidadania – O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 91.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. Direito Net. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acessado em: 08 de agosto de 2019.

MACKLIN, ED. **Nontraditional family forms: A decade of research**. Journal of Marriage and the Family, 1980; 4:902-922.

NUNES, Manoel; NUNES, Marlene. **Teoria da perda de uma chance: surgimento, conceito e parâmetros de aplicação**. JUS Brasil. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68559/teoria-da-perda-de-uma-chance-surgimento-conceito-e-parametros-de-aplicacao>>. Acessado em: 10 de agosto de 2019.

PASSOS MC. **Entre dois pais ou duas mães**. In: Pinto, G.C. Uma Questão de Gênero – Sexos: a trama da vida. São Paulo: Editora Duetto Editorial, 2008 p.6067.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadoras do direito de família**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. In: Responsabilidade civil no direito de família. Coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401-406.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas S.A., 2013. p. 13.

PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 238f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06062013-135843/pt-br.php>>. Acessado em: 31 de agosto de 2019.

SAVI, Sergio. Apud ARAÚJO. Delvaney. **A Responsabilidade Civil Advinda da Perda de uma Chance**. In Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N. 15, 2010. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2010, p. 261.

SERRA, Leila Maria Chagas. **Abandono afetivo no âmbito da responsabilidade civil subjetiva: violação ao dever legal de cuidar e de agir**. Revista IBDFAM: Famílias e sucessões. V. 28. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. **A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Esmesc, v. 23, n. 29, p. 83-104, 2016.

Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1.159.242/SP**. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, *DJe* 10/05/2012.

TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acessado em: 15 de agosto de 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio**. In: Temas de direito civil. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovas, 2003, p. 372-373

TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. **O dano decorrente da perda de uma chance**: questões problemáticas. Revista dos Tribunais. V. 958, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.958.02.PDF>. Acessado em: 08 de agosto de 2019.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte**. Sétima Câmara Cível. 2012. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7608/9/TJMG%20Apelacao%2010720090527279001.pdf>>. Acessado em: 28 de agosto de 2019.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 0087881-15.2017.8.21.7000**. Porto Alegre. Sétima Câmara Cível, Rel^a Des^a Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 31/05/2017, *DJERS* 06/06/2017.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 408.550-5**, rel. Unias Silva, 7ª Câmara Cível, j. em 1-4-2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **A responsabilidade dos pais pelos filhos menores**. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-mai-05/responsabilidade_pais_pelos_filhos_menores>. Acessado em: 14 de setembro de 2019.

VITAL, MS. **A família e sua projeção frente aos direitos humanos internacionais**. Artigo apresentado no curso de Direitos Humanos Internacionais – JEP. Projeto de Jurisprudência da Igualdade. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Mato Grosso. 2002.

**A DESJUDICIALIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO
SOCIOAFETIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Raquel Soraya Silvio Ferreira Torres¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O artigo visa analisar como o processo de transformação da sociedade brasileira levou à quebra de paradigmas no que diz respeito ao direito de família ao longo de sua história. Estuda-se a partir do método dedutivo e levantamento bibliográfico, a evolução do reconhecimento da igualdade entre filhos em decorrência do advento da Constituição Federal de 1988, em consonância com os princípios constitucionais em respeito à dignidade da pessoa humana, bem como ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Em consequência disso, será demonstrada a construção da filiação socioafetiva que a doutrina juntamente com a jurisprudência passou a reconhecê-la. Destarte, o trabalho pretende analisar até que ponto o reconhecimento da filiação socioafetiva garante o melhor interesse da criança e do adolescente. Ademais, faz-se uma abordagem do reconhecimento da filiação no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a igualdade entre filhos sem haver qualquer forma de discriminação, seja o filho advindo da adoção, seja de outra origem. Por fim, conclui-se uma abordagem sobre o reconhecimento voluntário de parentalidade socioafetiva que passa a ser autorizado na via extrajudicial.

Palavras-chave: Filiação socioafetiva. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Direito de família. Princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: raquelayarostorres@gmail.com.

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI- RN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com.

**THE DEJUDICIALIZATION OF THE RECOGNITION OF SOCIOAFFECTIVE
AFFILIATION: A CRITICAL ANALYSIS IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF THE BEST
INTEREST OF CHILDREN AND TEENAGERS**

ABSTRACT

The article aims to analyze how the process of transformation of Brazilian society led to the breakdown of paradigms with regard to family rights throughout its history. It is studied from the deductive method and bibliographic survey, the evolution of the recognition of equality between children due to the advent of the Federal Constitution of 1988, in line with the constitutional principles regarding the dignity of human person as well as the principle of the best interest of the child and teenagers. As a result, the construction of socioaffective affiliation will be demonstrated that the doctrine together with jurisprudence came to recognize it. In this way, the work intends to analyze the extent to which the recognition of socioaffective affiliation guarantees the best interest of the child and adolescent. Moreover, an approach is made to recognize membership in the Brazilian legal system, with a view to equality between children without any form of discrimination, whether the child from adoption or other origin. Finally, an approach is concluded on the voluntary recognition of socioaffective parenting that is allowed on the extrajudicial route.

Keywords: Socioaffective affiliation. Principle of best interest of the child and teenagers. Family law. Principle of the Dignity of the Human Person.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a concepção clássica afirmava que o casamento possuía caráter perpétuo. Todavia, essa ideia foi sendo abandonada e, embora ainda se busque construir relacionamentos amorosos duradouros, o rompimento do vínculo conjugal passou a ser um evento natural e frequente em nossa sociedade.

Com essa transformação na configuração de relacionamento e a desmistificação de institutos legais, como o casamento, houve a despersonalização da família e a consequente origem dos diversos arranjos familiares contemporâneos. Nesses, o

elemento principal passou a ser o afeto, que se encontra fundamentado no Princípio da afetividade e atua de modo inerente à organização familiar, sendo fator determinante para o fortalecimento dos laços que envolvem as famílias como também as novas conjunturas familiares.

Frente a isso, de forma inovadora, o Código Civil se pronunciou acerca das formas de se estabelecer as relações de parentesco, tratando em seu artigo 1.593 que, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem” (BRASIL, 2002). É nessa expressão “outra origem” que se encontra a filiação socioafetiva, sendo essa a relação decorrente de uma verdade aparente, sem levar em consideração o vínculo biológico ou civil, mas apenas o convívio afetivo.

Esse reconhecimento da socioafetividade como sendo um elemento tão importante quanto a genética para a configuração do laço familiar, fez com que novas formas de família passassem a ser reconhecidas diante do ordenamento jurídico, devendo o Direito acompanhar tais mudanças a fim de manter-se atual e garantir que as crianças e os adolescentes se desenvolvam de forma digna sem qualquer prejuízo na sua formação.

Dessa forma, o presente trabalho tem a seguinte problemática: sob a ótica da proteção integral aos menores, o reconhecimento da filiação socioafetiva extrajudicial está em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente?

Para tanto, trata-se de uma pesquisa teórica na qual se aplica o método dedutivo, na medida em que se realiza pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Ademais, o trabalho buscará se utilizar dos seguintes métodos de procedimento: instrumental-histórico, quando for abordada a historicidade acerca da evolução da tutela jurisdicional no Direito de Família; descritiva na análise dos provimentos implementados pelo CNJ que foram surgindo ao longo do tempo. Trata-se de uma pesquisa essencialmente bibliográfica e documental, que permitiu o detalhamento da evolução histórica do instituto de filiação no ordenamento jurídico brasileiro – destacando os princípios Constitucionais relacionados ao Direito de Família –, bem como a abordagem da temática referente à filiação socioafetiva, seu reconhecimento na jurisprudência, tendo, por conseguinte, o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva na esfera administrativa de âmbito nacional, sendo promovido por intermédio do Conselho Nacional de Justiça.

O segundo tópico do trabalho demonstra a evolução histórica do direito de

família atrelado ao instituto de filiação que foi sendo transformado ao longo dos anos, principalmente após o advento da Constituição Federal que consagrou os indivíduos como sujeitos de direito, tendo como fundamento os princípios constitucionais relacionados ao direito de família, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que visa à proteção integral ao infante-juvenil, entre outros.

Por conseguinte, o terceiro tópico do projeto abordará o reconhecimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, que é consagrado pela doutrina, como também pela jurisprudência, recorrendo desses entendimentos, verificando quais são os limites e quais são suas consequências, a partir do momento em que a parentalidade afetiva é implementada na via extrajudicial com aplicação de âmbito nacional.

Ainda nesse sentido, o quarto capítulo descreve questionamentos apontados ao reconhecimento de filiação socioafetiva, tendo posições favoráveis, como também contra essa nova modalidade.

Por fim, no quinto e último capítulo, serão analisados a pertinência e o importante papel que levou à alteração do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça. Apesar da curta vigência desse provimento, observar-se-á que esse gerou efeitos relevantes os quais foram alvos de “duras” críticas levantadas pelo Ministério Público do estado de Goiás, que propôs representação à Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade do Provimento nº 63/2017, tendo em vista que esse, para os membros do Ministério Público, acarretaria insegurança jurídica, trazendo riscos à integridade da criança e do adolescente.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DE FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No período da escravidão imperava o poder patriarcal e hierarquizado, representado na figura paterna. Além disso, as famílias eram constituídas por meio do casamento e, por esse motivo, era vedada qualquer união que não fosse atrelada à bênção da Igreja. Percebe-se, portanto, que o Brasil teve suas raízes baseadas na religião herdada, em sua grande parte, de Portugal, que, assim como outros continentes europeus, tem suas raízes provindas da civilização ocidental (FREIRE, 2019).

Entre muitas peculiaridades dessa época, há algumas extremamente relevantes a serem explanadas, como o instituto da filiação brasileira. Como já mencionado acima, o reconhecimento da filiação decorria apenas por intermédio do casamento. Essa união era formada por meninas na fase de desenvolvimento – na faixa etária dos 12 aos 15 anos –, que eram oferecidas pelo chefe da família aos seus pretendentes, que poderiam chegar a ter 70 anos. Um grande problema decorrente disso era que as meninas – muitas vezes – morriam após darem à luz devido a complicações no parto (FREIRE, 2019).

É possível aferir ainda que no período da escravidão era comum crianças brasileiras perderem suas mães em virtude de complicações de gestações prematuras. Por outro lado, os homens chegavam a se casar até quatro vezes, justamente pelo fato de ficarem viúvos. Nesse aspecto, a mãe que conseguisse sobreviver tinha o dever de procriar de maneira consecutiva, pois era o papel que lhe cabia à época. Isto é, a mulher era vista apenas como aquela que gerava filhos do seu marido e esses deveriam ser, de preferência, do sexo masculino, pois, quando o pai morresse, o filho seria o responsável por administrar os negócios da família (FREIRE, 2019).

Já no período colonial, o Brasil foi regido pela legislação portuguesa denominada Ordenações Filipinas, que eram compilações de normas elaboradas pela Coroa portuguesa. Dessa forma, como o Brasil não tinha um Código Civil vigente, a legislação portuguesa vigorou no Brasil até a implementação do Código Civil de 1916, que passou a ter validade em janeiro de 1917, com normas nacionais, mas ainda com certa influência de Portugal (GOMES, 2006).

A partir dessa análise, percebe-se que o Direito brasileiro foi regido, por séculos, pelo sistema das Ordenações Filipinas. Somente em 1º de janeiro de 1917 o Código Civil passa a vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Esse Código Civil de 1916, dentre muitas características, conservava o direito de família e o direito sucessório, tendo em vista que o núcleo familiar era a base da época (GOMES, 2006). Além disso, esse Código tinha alguns princípios e, dentre eles, o princípio da indissolubilidade do matrimônio, que era uma forma de garantir a preservação da união conjugal sem que ela fosse desfeita (GOMES, 2006). O Código Civil de 1916 trazia ainda regras que privilegiavam o casamento como única forma de constituir família, além de diferenciar filhos legítimos de filhos ilegítimos (BRASIL, 1916). Os primeiros se referiam àqueles que eram frutos de pais que não estavam impedidos de se unirem em matrimônio. Os ilegítimos, por outro lado, eram aqueles decorrentes de pais impedidos de se casarem e,

por isso, eram denominados de adúlteros ou incestuosos (BRASIL,1916).

Nota-se que essa diferenciação, por sua vez, era realizada com adjetivações que hoje são consideradas preconceituosas. Além disso, os filhos incestuosos e os adúlteros não podiam ser reconhecidos pela legislação fixada no Código Civil de 1916, conforme estabelecia o artigo 358³, que aduzia sobre o não reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros, dessa forma, evidenciando que o que prevalecia era a conservação do patrimônio familiar sem que esses bens pudessem ser divididos com outros filhos gerados de um relacionamento extraconjugal (GONÇALVES, 2017).

Isso mudou com o advento da Constituição Federal de 1988, quando todos os filhos foram reconhecidos como sujeitos de direito sem favorecer apenas a filiação consequente do matrimônio. Por esse motivo, a Lei Maior vedou qualquer forma de discriminação em respeito à dignidade da pessoa humana promovida pelo Estado Democrático de Direito (GONÇALVES, 2017). Isso torna explícito o avanço na legislação a partir da Constituição Federal vigente. Portanto, cabe analisar alguns pilares essenciais que serviram como sustentação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Um deles é que após a Carta Magna vigente, não foi mais admitida qualquer forma de adjetivação em relação aos filhos, uma vez que foi por meio dela que os filhos foram equiparados, passando a ter direitos reconhecidos independente da forma que foram gerados. O artigo 227, §6º, da CF/1988⁴ estabelece a vedação de distinção entre filhos havidos ou não na constância do casamento.

Outro pilar é a Lei nº 8.069/90, ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), criada a fim de promover normas de proteção às crianças e adolescentes e que teve um papel de grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro para acompanhar o texto constitucional de 1988. Logo em seu artigo 1º aduz: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, explicitando o cuidado que a legislação implementou para que fosse evitada qualquer forma de prejuízo aos menores (BRASIL,1990).

Além disso, a Lei estabeleceu formas para garantir que as crianças e os adolescentes pudessem se desenvolver de forma digna sem que houvesse qualquer prejuízo na sua formação. Isso pode ser exemplificado com o artigo 7º, o qual estabelece que a criança e ao adolescente têm direito à vida e à saúde, promovido pelo Estado por

³ Art. 358. “Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”.

⁴ Art.227, §6º. Os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

meio de políticas públicas que as garantam um crescimento saudável com condições dignas de subsistência (BRASIL,1990).

Além disso, no capítulo II do ECA, foi fixado que as crianças e os adolescentes têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade (BRASIL,1990). Pode-se afirmar em linhas gerais, portanto, que as garantias estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) surgem como marco legal para regular os direitos dos menores, reconhecidos pela lei. Sendo assim, a Lei nº 8.069/90, consagra a proteção integral à criança e ao adolescente como forma de resguardá-los de sofrimentos, como aqueles vistos em um passado não muito distante, quando eles não eram considerados sujeitos de direito (BRASIL, 1990).

No entanto, apenas após a redemocratização do Brasil, é possível ratificar o direito da criança e do adolescente inserido no texto constitucional como proteção integral aos menores. Dessa forma, é necessário que sejam explanados os princípios atrelados ao ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque no direito de família, uma vez que foi por meio desses que houve a valorização da pessoa humana (IBDFAM, 2017).

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Com o advento da Lei Maior no ordenamento jurídico brasileiro, o país passou a ser considerado um Estado Democrático de Direito, com normas e princípios inseridos no seu texto legal, que foram fundamentais para orientar diversos ramos do direito brasileiro. Frisa-se que a Carta Cidadã consagrou os princípios constitucionais como forma de promover garantias aos indivíduos (BRASIL, 1988).

A partir dessa premissa, a Lei Maior consagra o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como aquele do qual decorrem todos os outros, pois sem ele, nenhuma sociedade poderia sobreviver com dignidade. Assim, considera-se a Dignidade Humana como um valor estabelecido pelas conquistas históricas (IBDFAM, 2017).

Em consequência disso, o Estado brasileiro consagrou todos os indivíduos sujeitos de direito e deveres sem qualquer distinção de raça, cor e credo. Traz-se a lume que o Estado tem o dever de proporcionar garantias constitucionais consagradas na legislação brasileira. Dessa forma, o Estado Social traz como essenciais os princípios constitucionais, os tratados e convenções internacionais ratificados no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1988).

Outro princípio que merece ser explanado é o do melhor interesse da criança, que foi complementado também pelo adolescente, conforme a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a qual garantiu a proteção aos menores em desenvolvimento, com a participação não apenas do Estado, mas também da família e da sociedade, reconhecendo-as como prioridade absoluta, como direito à vida, à saúde, entre outros, conforme estabelece o artigo 227, caput, da Lei Maior de 1988.

Essa proteção aos menores ganha reforço no artigo 3º no Estatuto da Criança e do Adolescente quando assegura por lei todas as oportunidades e garantias a fim de promover o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social para se alcançar a dignidade ao infantojuvenil (TARTUCE, 2017).

É importante ressaltar ainda que esse princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é analisado em situações em que haja conflitos que possam, de certa forma, prejudicar os menores. Assim, é possível notar que ele prioriza tanto a integridade física dos menores quanto a psíquica, tendo em vista que crianças e adolescentes ainda não têm discernimento definido. Dessa forma, o papel dos adultos é evitar riscos aos menores na medida em que elas são priorizadas (DIAS, 2016).

A partir disso, observa-se que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente os prioriza como protagonistas no ordenamento jurídico brasileiro, pois, na legislação de 1916, o pátrio poder era tido como regra. No entanto, o conceito desse princípio é bastante amplo e requer uma análise minuciosa, que considere as particularidades de cada família, pois essas podem ser determinantes, dependendo de cada situação, para que os operadores do direito elucidem conflitos e evitem situações prejudiciais aos menores (DIAS, 2009).

Ainda explanando sobre os princípios, há o da solidariedade, que foi estabelecido na Carta Magna, quando aferiu igualdade a todos os filhos como sujeitos de direito, independentemente de sua origem. Ele foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos em virtude do princípio da fraternidade e está vinculado aos artigos 226 e 227 da Lei Maior, que ratifica o equilíbrio entre o âmbito público e o privado, com a participação de todos os indivíduos por meio do direito subjetivo em conformidade com a lei (LÔBO, 2018).

Nesse mesmo sentido, a Constituição Federal trouxe o princípio da afetividade, que apesar de ter sido fixado de maneira implícita, foi considerado base na construção da relação humana, principalmente no que diz respeito à família. Assim, a partir da

implementação da Constituição Federal de 1988, o Estado passa a reconhecer o afeto como um direito fundamental nas relações familiares, tornando-se essencial no direito de família contemporâneo (DIAS, 2009).

Como já falado, não há mais um único padrão de se constituir família e por esse motivo, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o princípio da pluralidade das formas, tendo como fulcro a valorização da pessoa humana. Para a doutrina, pode-se dizer que não seria o Direito de Família, mas “Direito das famílias” para justificar os novos arranjos familiares que foram construídos ao longo do tempo. (DIAS, 2016).

Sendo assim, o princípio da pluralidade das formas de família pode ser verificado na Constituição Federal em seu art. 227, que estabelece o dever da família, do Estado e da sociedade de contribuir com a valoração da vida, promovendo saúde, lazer e dignidade para favorecer a convivência familiar (LÔBO, 2018).

Ademais, o Brasil passa a ter uma concepção plural e aberta, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, uma vez que a sociedade herda novos valores e novas culturas, tornando-se necessária uma nova adequação no decorrer das transformações para tornar a verdade fática em direito (LÔBO, 2018).

3 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva foi criação doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista novos entrelaces familiares que a sociedade foi construindo ao longo do tempo. Todavia, a legislação não conseguiu acompanhar as transmutações sociais. Logo, mesmo com o advento da Lei Maior, que consagrou garantias constitucionais e igualdade entre todos os filhos, o reconhecimento da filiação socioafetiva não foi legislada de maneira expressa, como esclarece Tartuce (2017), Lôbo (2018), Dias (2016), Gonçalves (2017), entre outros doutrinadores. No entanto, apesar de os legisladores não terem se expressado de forma específica, isso não está relacionado à inobservância do ordenamento jurídico nacional.

A jurisprudência, por sua vez, cria possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, viabilizada a partir da posse de estado de filho, que é identificado pela doutrina por meio de três características: (1) *tractatus*, que seria quando há um reconhecimento recíproco entre o tratamento de pai em relação ao filho e o tratamento de filho em relação ao pai; (2) *nome*, que é quando o indivíduo usa o nome da família; e (3)

fama, que se refere ao fato de ser reconhecido como filho perante a família e pela comunidade onde vive (VALDEMAR, 2009).

Essa demonstração do estado de filiação tem como escopo a convivência familiar recíproca entre pais e filhos, que possa trazer os fatos ao direito. Com isso, os doutrinadores que são corrente majoritária, como Dias (2016), Gonçalves (2017), Lôbo (2018), Venosa (2005), entre outros, reconhecem a socioafetividade como forma de filiação, considerando relevantes as transformações sociais. Nesse mesmo sentido, cabe ao legislador e aos operadores do direito ajustarem o ordenamento jurídico nacional, por meio da aplicação das normas, da equidade e dos princípios gerais do direito, quando não há previsão expressa na lei para conciliar as novas dinâmicas sociais (CASSETTARI, 2017).

Esses doutrinadores, como já foi dito anteriormente, apreciam a lei de forma ampla, para que os conflitos sociais sejam resolvidos com aplicabilidade da ética, da moral e dos valores culturais, que com o passar do tempo vão sendo transmutados. Além disso, para essa maioria, “a filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é titular de autoridade parental e a outra a esta se vincula pela origem biológica ou socioafetiva” (LÔBO, 2018, p. 215).

Assim, sob a perspectiva do direito, a filiação não se estabelece apenas no âmbito sanguíneo, pois ela decorre das relações sociais fáticas, que vão além dos laços biológicos (VENOSA, 2005). De fato, a verdade científica no que diz respeito à formação do homem não pode ser dispensada.

3.1 RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Após a instauração da Carta Magna, que concedeu o direito dos filhos – ilegítimos, adotivos ou de qualquer outra origem – serem reconhecidos como forma de garantia constitucional, surgiram debates sobre novo formato de parentela, chamado de família reconstituída (IBDFAM, 2017). Um exemplo disso é quando ocorre uma nova união conjugal em que o casal traz consigo filhos de relações anteriores, nascendo uma convivência recíproca entre o enteado com o padrasto ou a madrasta e, a partir disso, ambos se enxergam como família (DIAS, 2016). Assim, com as novas formas de constituição de família, nota-se que um novo contexto social ia sendo reformulado, uma vez que se tornou cada vez mais comum se deparar com crianças criadas por padrasto

ou madrasta como se filhos fossem. Isso não quer dizer que esse tipo de filiação nunca existiu, porém, ela não era vista como forma de filiação socioafetiva (DIAS, 2016).

3.2 RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NA JURISPRUDÊNCIA.

Após tantas mudanças geradas no direito de família ao longo do tempo, é possível verificar que foi por volta de 2007 que os tribunais começaram a debater a respeito do reconhecimento da filiação socioafetiva, considerando que não há, necessariamente, relação com a filiação biológica. Nessa perspectiva, a natureza socioafetiva se constitui no convívio familiar atrelado à manifestação voluntária do reconhecimento da filiação (IBDFAM, 2019).

Frente a isso, o Recurso Especial de nº 234.833 – que teve como Relator, o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, da Quarta Turma, julgado em 25/09/2007 –, diz respeito ao reconhecimento do próprio declarante ter registrado o filho como se seu fosse e após ter constituído o convívio com o filho, ingressa com uma ação de cancelamento de paternidade.

Para o legislador, nesse caso, só haveria a possibilidade de cancelamento de registro quando houvesse erro, dolo, coação, simulação ou fraude. Diferente disso, o Recurso não seria conhecido devido ao pai ter registrado voluntariamente o filho, fazendo existir a relação jurídica de filiação e, portanto, não caberia ao pai registral de forma unilateral requerer o cancelamento do registro da filiação socioafetiva que foi construída ao longo dos anos pela convivência familiar (CASSETTARI, 2017).

Ademais, a jurisprudência passa a reconhecer a filiação socioafetiva nos casos em que se verifica a comprovação dos requisitos da posse de estado de filho para viabilizar a filiação socioafetiva, como aduz o Recurso Especial de nº 1.189.633 – que teve como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma, julgado em 06/09/2007. Esse destaca que a paternidade ou maternidade socioafetiva é uma construção doutrinária e jurisprudencial recente, que, por intermédio dos princípios constitucionais, abarca por analogia as regras para orientar o reconhecimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse Recurso Especial não foi provido pela falta de comprovação da posse do estado de filho. Em suma, a jurisprudência, em seus julgados, reconhece a necessidade de haver a posse de estado de filiação que decorre de uma relação recíproca construída

dia após dia entre duas pessoas unidas pelos laços da socioafetividade, apresentando os requisitos importantes para comprovação dessa relação.

Em 2016, o Superior Tribunal Federal iniciou o julgamento de Recurso Extraordinário de nº 898.060/SC, com repercussão geral 622, que teve como relator o Ministro Luiz Fux. Pela maioria dos votos, foi decidido que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Assim, o STF reconheceu a paternidade socioafetiva mesmo nos casos de não haver registro, igualando as duas categorias de paternidade: tanto a paternidade biológica quanto a socioafetiva, posicionando-as no mesmo grau de importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Na decisão, o Tribunal reconheceu o instituto da multiparentalidade, como sendo a relação jurídica de ambas as paternidades: a socioafetiva e a biológica. Isso se deu pelo fato de haver a pluralidade de vínculos familiares, não havendo hierarquia entre elas no que diz respeito à dignidade da pessoa humana. Por fim, a Suprema Corte consagrou a importância do instituto da multiparentalidade ao caso concreto, tendo como fulcro os princípios constitucionais consagrados na Carta Magna (CASSETTARI, 2015).

No entanto, já havia a possibilidade de um filho ter em seu registro o nome do pai (ou da mãe) biológico, acrescido do nome do pai (ou da mãe) socioafetivo desde a publicação da Lei nº 11.924 no dia 17 de abril de 2009, de autoria do Deputado Federal Clodovil Hernandes, que, fundamentado em sua própria história de vida, possibilitou o acréscimo do nome do padrasto ou da madrasta na certidão de nascimento do enteado (BRASIL, 2009).

Isso se deu pelo fato de o Deputado entender que há casos de padrastos ou madrastas terem uma relação de afeto tão profunda quanto à vinculação de pai e mãe, justificando o acréscimo do nome no registro civil dos enteados. Contudo, o texto da lei supracitada estabelece alguns requisitos para o padrasto ou a madrasta, exigindo um motivo ponderável para poder recorrer ao juiz competente e pleitear a averbação do nome da família de seu padrasto ou da madrasta, sendo necessária a concordância expressa desses, sem prejuízo de seus apelidos de família (BRASIL, 2009).

Essa chamada “Lei de Clodovil” altera a Lei de Registros Públicos nº 6.015/1973, que trazia a regra da imutabilidade do prenome, permitindo alterá-lo apenas em casos

excepcionais previstos em lei. No entanto, havia um grande impasse de como elaborar o reconhecimento da filiação socioafetiva. Assim, nos casos em que o registrador tivesse dúvidas, ele orientava o requerente a solicitar um alvará judicial, como forma de se resguardar de qualquer equívoco (BRASIL, 2009).

A fim de solucionar essa atividade registral, o Poder Judiciário, pelas suas corregedorias gerais, tomou providências para regulamentar o reconhecimento da filiação socioafetiva, que não havia ficado explícito na legislação. Então, a partir do momento em que o STF, em Repercussão Geral, reconheceu que não há hierarquia entre a paternidade socioafetiva e a biológica, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) editou o provimento de nº 63, que deu a possibilidade do ordenamento jurídico brasileiro reconhecer a filiação socioafetiva na via extrajudicial, desde que preenchidos os requisitos necessários (CASSETTARI, 2017).

Em linhas gerais, a função do CNJ é o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, como aduz o artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal. Logo, o provimento possibilitou que todos os cartórios reconhecessem a filiação socioafetiva na via extrajudicial. Sendo assim, as corregedorias gerais têm suas atribuições no artigo 96, I, “b”, da Constituição Federal, cabendo a elas orientar os procedimentos extrajudiciais, por meio de provimentos normativos, como forma de estabelecer a segurança jurídica nos procedimentos registrais (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, alguns estados editaram o provimento das CGJs e passaram a reconhecer a filiação socioafetiva. O primeiro deles foi o estado do Maranhão, que editou o Provimento de nº 21/2013 da Corregedoria Geral de Justiça. Alguns requisitos relevantes do Provimento do Maranhão era que só havia a possibilidade de registrar filho socioafetivo acima de 18 anos, desde que o filho concordasse com o reconhecimento. Outro ponto importante foi que não haveria a necessidade de alvará judicial para registrar filho socioafetivo. Já nos casos de filhos menores de idade, seria necessário ingressar com uma ação judicial, pois na via extrajudicial não era cabível (CGJ, 2013).

Em seguida, o Ceará editou o Provimento nº 15/2013 da CGJ, que passa a reconhecer a filiação socioafetiva nos casos em que não houvesse paternidade pré-constituída e com a concordância do filho, caso fosse maior de idade. Já se o filho fosse menor de idade, a mãe deveria concordar com o reconhecimento. Com esses mesmos procedimentos e requisitos do estado do Ceará, o estado de Pernambuco, por meio do

provimento de nº 09/2013, passou a registrar a filiação socioafetiva na via administrativa (CGJ, 2013).

O mesmo aconteceu em outros estados, como o estado de Santa Catarina, com o Provimento nº 11/2014, e o estado do Amazonas, com o provimento nº 234/2014. No entanto, esses reconhecimentos não abarcaram todos os estados brasileiros e por esse motivo, esses provimentos passaram a ser questionados, pois haveria a possibilidade de trazer insegurança jurídica à sociedade brasileira (CGJ, 2014).

A partir disso, em 2015, o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) ingressou com pedido de providências junto ao o CNJ de nº 0002653-77.2015.200.0000), para que ele editasse o reconhecimento da filiação socioafetiva em todo território nacional, partindo do pressuposto que o CNJ tem respaldo constitucional de auxiliar o Poder Judiciário como forma de aperfeiçoar o sistema jurídico brasileiro. Nesse viés, outros provimentos foram criados, como o do Paraná, do Mato Grosso do Sul e do Acre, antes do CNJ se pronunciar acerca do assunto (CNJ, 2015).

Apenas em 2017 o CNJ se posicionou sobre o reconhecimento da filiação socioafetiva, com o pedido de nº 0002653-77.2015.200.0000 – de autoria do IBDFAM – e designou uma comissão que editou o Provimento nº 63 do CNJ, que, dentre outros assuntos, permite o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva na via extrajudicial de abrangência nacional. Esse provimento de nº 63/2017 do CNJ passou, então, a regular todo o território nacional – com fulcro nos princípios do direito de família e no artigo 1.593 do Código Civil – o reconhecimento da filiação socioafetiva na via extrajudicial.

No entanto, notam-se alguns requisitos polêmicos que começaram a ser questionados pelo Ministério Público e outros órgãos, como ocorrido no Ministério Público do Estado de Goiás, que encaminhou a representação à Procuradoria-Geral para ser arguida a inconstitucionalidade do Provimento nº 63/2017. De acordo com o estudo feito pelo Ministério Público de Goiás, esse provimento violaria o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e o melhor interesse da criança, que estão tipificados no artigo 227 da Lei Maior (MPE-GO, 2018).

Dentre muitos argumentos contrários ao Provimento, alguns traziam grandes preocupações, como a falta da participação do Ministério Público nos casos que envolvem interesses do menor, não haver idade mínima para a criança ser registrada, além da falta da equipe multidisciplinar para analisar o caso concreto, uma vez que o

reconhecimento de filiação socioafetiva envolve uma análise concreta e cuidadosa a fim de se evitar equívocos (DIAS, 2016).

Frente a isso, o Provimento nº 63 do CNJ editou o reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva, que vai do artigo 10 ao artigo 15 da seção II. De início, o provimento em seu artigo 10 aduz: “O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais”. Frisa-se que o artigo era claro quando dizia “qualquer idade” e isso traria insegurança jurídica, pois qualquer pessoa poderia ir ao cartório e reconhecer uma criança, afirmando ser pai ou mãe socioafetivo.

Diante das diversas preocupações, o Ministério Público do estado do Rio Grande do Norte editou a Recomendação nº 0005/2018/12º pmJMos, de autoria do Promotor de Justiça, Sasha Alves do Amaral, em suspender o processamento da filiação socioafetiva, considerando que caberia apenas à autoridade competente prover esse reconhecimento, em respeito ao Decreto nº 99.710, de 21/11/1990, que o MP, em seu artigo 127, caput da Constituição Federal, é a instituição permanente em defesa da ordem jurídica e do regime democrático no que diz respeito aos interesses sociais.

De acordo com a recomendação do MP/RN, foi instaurado um Inquérito Civil no âmbito da 12º Promotoria da Justiça de Mossoró (IC 062018.00000711-9), após a instauração do Provimento 63 do CNJ-CGNJ. Ressalta-se, inclusive, que já houve no cartório dessa região, o reconhecimento de três casos de crianças, sendo que uma delas tinha menos de um ano de idade e o pai socioafetivo era do sudeste do país.

Assim, percebe-se a preocupação quando o assunto envolve crianças e adolescentes, tendo em vista que o Estado deve prover garantias para assegurar a proteção dessas por meio da participação do Ministério Público e as Varas da Infância e da Juventude. Entre outras recomendações, o Promotor do estado em Mossoró suspendeu o Provimento nº 63/2017 do CNJ após constatar irregularidades que ocorreram depois do surgimento do Provimento 63 do CNJ, que poderiam trazer mais malefícios do que benefícios à segurança das crianças e adolescentes brasileiras.

4 ALTERAÇÃO DO PROVIMENTO Nº 63 DO CNJ

O Provimento nº 63 do CNJ foi editado em 14 de novembro de 2017 e teve como Corregedor Nacional de Justiça o Ministro João Otávio de Noronha. Constam nesse

Provimento modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito a serem adotados pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, entre outros. Os artigos 10 ao 15⁵ dele abordam a filiação socioafetiva, descrevendo a via extrajudicial como uma nova forma de reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva.

Além de beneficiar a filiação socioafetiva, esse Provimento estabeleceu o reconhecimento do instituto da multiparentalidade. Isso se deu a partir do Recurso Especial nº 898.060/SC⁶, o qual tratou de um indivíduo que foi registrado pelo pai afetivo, que posteriormente descobriu a filiação biológica e pleiteou ao Judiciário o reconhecimento da filiação biológica em detrimento da filiação socioafetiva já construída.

No dia 21 de setembro de 2016, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi realizada a sessão em que o pai biológico não pretendia reconhecer a filha biológica, no entanto, seu desejo era em manter apenas o vínculo biológico, sem que a paternidade fosse reconhecida, pois esse reconhecimento visaria efeitos patrimoniais, já que a filha mantinha o vínculo com o pai socioafetivo e do qual a filha não pretendia se desfazer do convívio com o pai socioafetivo.

A tese que prevaleceu nesse recuso foi a de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impossibilitará o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica. A partir dessa decisão foi possível coexistir, oficialmente, a dupla paternidade – multiparentalidade –, que diz respeito à existência de ambos os pais ou ambas as mães, sendo que um deles não tem relação com laços sanguíneos (CASSETTARI, 2017).

Por muito tempo, os indivíduos que desejavam reconhecer filhos socioafetivos

⁵ Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

⁶ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPERCUSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART.1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (226, §3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART.226§ 4, CRFB) VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, §6, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226 §, 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. () O Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (STF, REEx nº898.060, Rel Min. Luiz Fux, Plenário, pub. 24/08/2017).

buscavam o Estado-Juiz para tornar reconhecida essa filiação e enfrentavam um longo processo em busca de provas testemunhais, documentais, intimação do Ministério Público e a participação de equipe interprofissional, haja vista a fragilidade de indivíduos em desenvolvimento. Contudo, o Provimento nº 63 surgiu, então, com a intenção de desjudicializar o Poder Judiciário, sem o ingresso de processo no Poder Judiciário (IBDFAM, 2017).

Desse modo, de acordo com o Ministério Público do estado de Goiás, o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça trouxe possíveis situações de riscos quando não demonstrou a importância do *parquet*, estabelecido na Constituição Federal, no atual Código de Processo Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros. Assim, quando houver interesse do menor, a participação do *parquet* é considerada uma garantia constitucional para evitar insegurança jurídica e perigo aos menores em desenvolvimento, já que o ECA consagrou em seu artigo 1º a proteção integral à criança e ao adolescente (MPE- GOIÁS, 2018).

A análise histórica que já foi abordado no segundo capítulo deste trabalho permite notar que a valorização de crianças e adolescente no Brasil só recebeu importância a partir da implantação da Lei de nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que consagrou a criança e ao adolescente como sujeitos de direito para garantir a valorização da pessoa humana (BRASIL, 1990).

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente nasce de declarações universais de Direitos Humanos, que consagraram o indivíduo como sujeito de direitos, em observância a esse princípio, sendo que por meio dele decorrem outros princípios tipificados na Constituição de 1988, no direito de família e no Estatuto da Criança e do Adolescente. É importante frisar que quando uma sociedade participa da proteção de crianças e adolescentes, percebe-se, conseqüentemente, a evolução de uma nação de maneira saudável, haja vista a participação de todos no processo de desenvolvimento integral da dignidade da pessoa humana (USP, 2018).

Nota-se que o Provimento nº 63, em um primeiro momento, foi visto com bons olhos pela doutrina e pela jurisprudência, como já visto em capítulos anteriores. Todavia, é necessário analisar alguns pontos em que ele pudesse ocasionar insegurança jurídica aos menores em desenvolvimento, conforme o posicionamento do Ministério Público de Goiás (MPE-GOIÁS, 2018).

Verifica-se na seção II seu artigo 10⁷, a possibilidade do reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade perante autoridade cartorial. A afirmação de “qualquer idade” dá origem ao primeiro questionamento: se a afirmação do reconhecimento da filiação socioafetiva é a demonstração de uma convivência de um longo período ininterrupto, não seria cabível uma criança ser registrada como filho socioafetivo em “qualquer idade”?

Por conseguinte, no artigo 11⁸, determina que o reconhecimento da filiação socioafetiva seja processado perante o oficial de registro civil, como também em cartório diverso do qual a criança foi registrada, bastando exibir documento com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho. No entanto, quando o Provimento descreve que o reconhecimento da filiação poderia ser feito em outro cartório, inclusive, distinto daquele em que a criança fora registrada, adquiriu-se a possibilidade de múltiplos reconhecimentos de criança em outros municípios, que poderia caracterizar fraude, como o referido pelo Ministério Público em Mossoró⁹.

Ademais, a ideia de desjudicializar o reconhecimento da filiação socioafetiva desencadeou preocupação do Ministério Público em várias regiões do país, como o órgão de Goiás que questionou o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça, tendo em vista as demonstrações de poucos requisitos, a falta da participação do *parquet*, tendo como fulcro o atual Código de Processo Civil, que dispõe no artigo 178 a intimação desse órgão, sempre que houver o interesse do incapaz, dentre outras atribuições (MPE-RN, 2018).

Conforme o entendimento de membros do Ministério Público, como o Procurador-Geral Benedito Torres Neto, demonstraram alguns estudos no caso em concreto em que há violações aos interesses das crianças e dos adolescentes. A partir do momento no qual esse reconhecimento é estabelecido fora do Poder Judiciário, a insegurança de muitos menores estaria em riscos, podendo ser perceptíveis violações às convenções sobre direitos que consagram a proteção integral do infantojuvenil (MPE-GOIÁS, 2018).

⁷ Art. 10 aduz “O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais”.

⁸ Art. 11. O reconhecimento da parentalidade ou maternidade socioafetiva será processada perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diversos daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identidade em foto do requerente e da certidão e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

⁹ Recomendação: nº 0005/2018/12º pmJMos, de autoria do Promotor de Justiça, Sasha Alves do Amaral- MPE-RN.

O Provimento também trouxe outros pontos polêmicos, mas, os frisados acima são considerados os mais preocupantes pelo fato de acarretarem riscos às crianças e aos adolescentes.

Com isso, o Ministério Público de Goiás propôs representação à Procuradora-Geral da República Raquel Dodge para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade do Provimento nº 63/2017 frente aos estudos do Ministério Público, que apontaram violações aos princípios constitucionais, como o melhor interesse da criança e do adolescente, conforme aduz o artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

O Ministério Público de Goiás alegou que o modo como o Conselho Nacional de Justiça tratou de direito civil é matéria de competência privativa da União. Outro aspecto embasado pelo Ministério Público foi a ausência de sua participação, uma vez que nos termos do artigo 127, caput, da CF/88, do CPC, em seu artigo 698, há necessidade da participação do Ministério Público para garantir a ordem pública, como também a sua intervenção quando houver interesses de incapazes.

O Ministério Público alegou, então, que o Provimento nº 63, não foi elaborado de maneira clara, cabendo interpretações que acarretariam insegurança à integridade física de crianças e adolescentes, tomando como base o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, membros do Ministério Público do estado de Goiás, como de outros estados brasileiros, apontaram que as atribuições do CNJ são meramente administrativas, não sendo admitido a interferência desse no que diz respeito ao âmbito do direito Civil, Penal e Processual Civil, uma vez que é de competência exclusiva da União legislar sobre essas matérias, conforme aduz o artigo 22 da Lei Maior¹⁰.

Assim sendo, o Ministério Público de Goiás publicou uma notícia na página principal da Infância - Juventude e educação no dia 20/03/2018, em que se mostrou contrário ao reconhecimento da filiação socioafetiva na esfera extrajudicial, tendo em vista todos os pontos apresentados anteriormente no trabalho. Assim, os membros do Ministério Público entendem que as regras para o reconhecimento da filiação socioafetiva deveriam ser mais rígidas, da mesma forma que ocorre em um processo de

¹⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

adoção inserido no artigo 47¹¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente, que designa um rol de requisitos que devem ser respeitados.

Sendo assim, de acordo com o documento elaborado pelos membros do Ministério Público, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva deveria ser provida na via judicial,¹² como forma de garantir à proteção integral ao infante-juvenil, sendo contrário ao provimento n° 63 no dia 20/03/2018. Alguns apontamentos feitos pelo Ministério Público do estado de Goiás, demonstram violações aos princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, caso seja inobservado às garantias constitucionais, causando assim, a possibilidade de prejuízos aos menores, tendo em vista a ausência de rigor atrelado ao princípio da proteção integral ao infante-juvenil. (MPE-GOAIS, 2018).

Diante de grande polêmica em determinadas partes deste Provimento, sua duração foi de um pouco mais de ano e meio, tendo em vista o posicionamento de membros do Ministério Público, como o procurador-geral, Benedito Torres Neto que demonstrou situações que ocasionariam prejuízos aos menores em desenvolvimento. Dessa forma, no dia 14 de agosto de 2019, a Corregedoria Geral de Justiça do CNJ editou um novo Provimento de n° 83/2019, que veio alterar alguns artigos, em especial os atrelados à filiação socioafetiva, previstos na II seção do Provimento n° 63, do artigo 10 ao 15.

Cabe destacar que as modificações foram feitas por intermédio das providências n° 0006194-84.2016.2.00.0000 e 0001711.40.2018.2.00.0000 e, dentre as questões mencionadas, estava a importância da participação do Ministério Público nos casos de reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva de menores de 18 anos. Com esta modificação, o reconhecimento da filiação socioafetiva, que antes poderia ser declarada em “qualquer idade”, passou a ser possível, na via extrajudicial, apenas para crianças acima de 12 anos, sendo necessária também, a autorização por intermédio de oficiais de registro civil de pessoas naturais (IBDFAM, 2019).

O provimento n° 83 do CNJ passa a permitir inclusão de apenas um ascendente socioafetivo¹³, assim, tendo mais de um ascendente socioafetivo, será necessário propor o reconhecimento dessa parentalidade somente por meio do poder judiciário. Dessa

¹¹ Art. 47 “O vínculo de adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”.

¹² Provimento n°63/2017 do Conselho Nacional de Justiça.

¹³ Provimento n° 83, de 14 de agosto de 2019, alterou a seção II, que trata da Parentalidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça.

maneira, o atual provimento deixa claro a limitação de poder inserir apenas um (pai ou mãe) socioafetivos na via administrativa (IBDFAM, 2017).

Em linhas gerais, o papel do Estado é garantir regras de proteção, visando o melhor interesse da criança e do adolescente, como é demonstrado na Lei Maior. Todavia, como já foi verificado em capítulos anteriores, o Estatuto da Criança e do Adolescente propõe maneiras de auxiliar o Poder Judiciário, como a finalidade de resguardar o infante-juvenil em qualquer situação que vá de encontro às normas inseridas no Estado Democrático de Direito.

5 A IMPORTÂNCIA DAS EQUIPES INTERPROFISSIONAIS PARA AUXILIAR NA GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO INFANTOJUVENIL

Após o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a reconhecer a igualdade entre filhos, independente da forma que essa relação foi estabelecida. Todavia, é necessário avaliar como há algumas diferenciações no reconhecimento paterno-filial no País, mesmo que a norma vede qualquer maneira de discriminação (BRASIL, 1988).

Conforme o Código Civil atual e o Estatuto da Criança e do Adolescente, fixaram-se novas alterações inseridas nas Leis nº 12.010/2009 e nº 13.509/2017, que serão interpretadas de acordo com a Carta Magna. Dessa forma, o instituto da adoção é o modo pelo qual o filho será integrado à nova família, fazendo com que seu registro antigo seja cancelado para dar lugar a um novo sobrenome da família que a reconheceu perante o juízo dentro de uma ação judicial (LÔBO, 2018).

O instituto da adoção tem previsão expressa na Lei de Adoção¹⁴, ao contrário da filiação socioafetiva, em que coube à doutrina e à jurisprudência interpretá-la. Assim, essa é a primeira diferença entre o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva do instituto de adoção (CASSETTARI, 2017).

O processo de adoção é considerado criterioso, sendo desenvolvido na via judicial com bastantes requisitos que, muitas vezes, tornam-se demasiadamente burocráticos. Ou seja, a morosidade que ocorre no processo de adoção acaba por penalizar muitos menores em desenvolvimento, pelo fato da demora no trâmite da

¹⁴ O art. 19 § 1º aduz: Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

adoção, podendo levar até cinco anos até ser concluído (LIMA, 2019).

De acordo com o Ministério Público do Paraná, que divulgou na central de comunicação postado no portal eletrônico, desse órgão, demonstra que a idade, cor da pele e problemas de saúde reduzem as chances de crianças e adolescentes que estão em estabelecimento de acolhimento à espera de serem adotadas, tendo em vista que muitos pretendentes estabelecem algum tipo de preferência na escolha da criança. (MP-PR, 2019).

Logo, conforme visto acima, a ideia de que um dos maiores problemas no processo de adoção está relacionado à demora no procedimento o MP-PR deixa evidente que não é apenas o fator demora. Dessa forma, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, o processo de adoção deve passar pelo procedimento judicial, conforme já foi abordado em capítulos anteriores.

Ao contrário da adoção, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva se justifica pela presença da convivência de fato, mas não de direito, por esse motivo, o reconhecimento na via extrajudicial foi implementado pelo Conselho Nacional de Justiça para tornar reconhecida essa parentalidade de modo menos burocrático (IBDFAM, 2017).

Ao contrário da filiação adotiva, a filiação socioafetiva é caracterizada pela “posse de estado de filho”, que é a relação estabelecida pelo tempo. Sendo assim, a convivência estabelecida de forma duradoura pela presença de laços de afetividade poderia ser reconhecida como filiação socioafetiva (DIAS, 2016).

Como já explanado em capítulos anteriores, a partir do momento em que o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63 de âmbito nacional, o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva foi considerado pelos membros do Ministério Público como um facilitador dos quais seus efeitos foram sentidos de imediato, gerando assim, algumas situações de perigo aos menores, conforme já relatado anteriormente pela constatação do órgão Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, que mandou suspender o procedimento a partir do momento de constatações de suspeitas de fraudes.

De toda sorte, houve a necessidade de o provimento 63 do CNJ ser alterado, para que pudesse estar em consonância com os princípios do direito de família atrelados à Lei Maior para evitar burla a esse reconhecimento voluntário, conforme foi demonstrado no posicionamento do Ministério Público do estado do Rio Grande do Norte no município

de Mossoró (MPE-RN, 2018).

Por outro aspecto, é importante analisar alguns pontos que chamam a atenção, tendo como fundamento os valores constitucionais. Como é sabido, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva é considerado perante a doutrina e a jurisprudência como direito fundamental, por esse motivo, o Estado deve promover garantias suficientes para resguardar os interesses dos menores com a participação de toda a sociedade (CASSETTARI, 2017).

Nesse mesmo viés, vale dizer que o atual Provimento de nº 83 do CNJ não mencionou o assessoramento feito por intermédio de equipe interprofissional, que é responsável na obtenção de informações técnicas, conforme estabelecem os artigos 150¹⁵ e 151¹⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por essa razão, a atuação de equipe técnica é um meio pelo qual haverá a presença de psicólogos, pedagogos e assistente social, como forma de auxiliar as varas da infância e juventude, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, a atuação desses profissionais é demonstrada na revista do Ministério Público de Goiás, que foi publicada no ano de 2017 (MPE-GOÍÁS, 2017).

Sob esse influxo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal publicou, em 17/04/2015 no site de imprensa do TJDF, a importância de equipe interprofissional no que diz respeito à elaboração de projetos e ações de caráter preventivo para que as Varas de Infância e Juventude possam analisar fatos e situações em concreto para proteger crianças e adolescente de qualquer forma de risco.

6 CONCLUSÃO

Compreende-se que as transmutações observadas no direito de família refletem a forma de como a sociedade foi construindo novos arranjos familiares, sem observar apenas o casamento como único meio de constituí-los.

Nesse viés, foi após o advento da Lei Maior que o conceito de família atrelado à filiação pôde ser ampliado na medida em que a Constituição Federal possibilitou o

¹⁵ Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

¹⁶ Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

reconhecimento de filhos, independentemente de qual maneira ela foi estabelecida, contrapondo-se ao disposto no Código Civil de 1916, o qual vedava a filiação concebida fora do matrimônio.

Sendo assim, a Carta Magna proibiu qualquer forma de discriminação e nomenclaturas preconceituosas. Em decorrência disso, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou garantias internacionais atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, entre outros. Por conseguinte, nasceu em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que possibilitou aos menores em desenvolvimento garantias sob a tutela do Estado.

Logo, o que era autorizado por lei, deixa de ser observado pelo Estado Democrático de Direito, pois esses costumes passam a ser considerados inconstitucionais. De tal forma, observar-se a realidade fática do que denominamos hoje de parentalidade socioafetiva, assim, como sabido, é a relação recíproca entre dois indivíduos exercendo na prática a função de pai atrelado ao filho, mesmo sem terem relação sanguínea.

A partir do momento em que esse tipo de relação foi sendo observada perante a sociedade, a doutrina passa a denominá-la de parentalidade socioafetiva, que foi diferenciada da parentalidade adotiva, tendo em vista que a primeira surge com a convivência duradoura, sendo caracterizada pela “posse de estado de filho”. Assim, a jurisprudência passa a reconhecer a filiação socioafetiva como um direito fundamental de ver reconhecida essa filiação.

Todavia, com o passar do tempo, os estados brasileiros começam a aplicar em âmbitos regionais – provimentos com a finalidade de possibilitar o reconhecimento da filiação socioafetiva na via extrajudicial sem que, para isso, houvesse a necessidade de acionar o Judiciário. Dessa forma, percebe-se que apenas alguns estados puderam promover a filiação socioafetiva na via administrativa, para ver reconhecida essa parentalidade.

Foi a partir do Recurso Extraordinário com repercussão geral 622 que o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63, conforme foi demonstrado no decorrer do trabalho. Logo, preocupações apontadas pelo órgão Ministério Público do estado de Goiás demonstraram violações às garantias constitucionais que deixaram de ser observadas, pois a criança e o adolescente devem ser tratados com prioridade.

O Estado tem o papel de tutelar os menores com total prioridade por meio de

garantias constitucionais, tendo em vista as peculiaridades desses indivíduos. Assim, a Lei Maior estabelece que é dever do Estado, da sociedade e da família colaborar para que os menores em desenvolvimento possam se desenvolver de maneira saudável.

Por tal cenário, o CNJ alterou alguns artigos do Provimento nº 63/2017, por demonstrar riscos aos menores em desenvolvimento, ocasionando assim insegurança jurídica. Dessa forma, o atual Provimento nº 83/2019, o qual foi editado no dia 14 de agosto deste ano, trouxe melhorias significativas para evitar prejuízos aos menores em observância às normas constitucionais.

Nota-se que o Estado Democrático de Direito trouxe normas de proteção integral ao infantojuvenil para evitar qualquer dano aos menores, assim, nessa linha de pensamento, os artigos 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente trazem a figura de equipe interprofissional, que é caracterizada por psicólogo, pedagogo e assistente social para atuar da análise dos casos em concreto em processo de adoção. Ou seja, mesmo que o atual Provimento nº 83/2019 tenha inserido a participação do Ministério Público para se manifestar por intermédio de um parecer, o reconhecimento da filiação socioafetiva de adolescentes garantiria maior proteção aos menores, tendo como fundamento todos os meios de provas admitidos no âmbito do Direito Civil.

Ademais, é dever do Estado como também da sociedade participar de forma incansável nas garantias do melhor interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, a filiação socioafetiva foi interpretada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência na análise dos casos em concretos, por meio de fatos sociais.

Conclui-se com o presente trabalho que a filiação socioafetiva nasceu pela situação fática das relações dos indivíduos. Assim, resta claro que a contribuição de equipe interprofissional na atuação de pesquisa de casos é extremamente determinante para investigações de suas nuances.

REFERÊNCIAS

ACRE (Estado). Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Acre. **Provimento nº 10 de 2016**. Disponível em: <https://www.tjac.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/Provimento_COGER_TJAC_10_2016.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

AMAZONAS (Estado). Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Amazonas. **Provimento nº 09 de 2013**. Disponível em:

<file:///C:/Users/Silvana/Downloads/provimento_234_2014%20(1).pdf >. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção 1, ano 126, n. 191-A, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Coleção de Leis do Brasil**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 01 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Seção 1, ano 128, n. 135, p. 13563. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

_____. **Lei Federal nº 11.924, de 17 de abril de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm>. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. DJe: Brasília, DF, 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. Cidade: Atlas, 2017.

CEARÁ (Estado). **Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Ceará**. Provimento n. 15, de 2013. Disponível em: <<http://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2013/12/Prov-n-15-2013-Reconhecimento-voluntario-de-paternidade-uniao-socioafetiva.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

CNJ. **Pedido de Providências nº 0001711-40.2018.2.00.0000**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=7e94838da3733abab8ba0959f3a45ac05c0e22752c38b7d6>>. Acesso em: 12 set. 2019.

CNJ. **Pedido de providências nº 0002653-77.2015.2.00.0000**. Ministro Corregedor João Otávio de Noronha. DJ: 15 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=49153&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>>. Acesso em: 27 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. Cidade: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 49. ed. São Paulo: Global, 2019.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 6.

IBDFAM. Provimento do CNJ altera registro de filiação socioafetiva em cartórios para pessoas acima de 12 anos. **Assessoria de Comunicação do IBDFAM**, Belo Horizonte, 21 ago. 2019. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7034/Provimento+do+CNJ+altera+registro+de+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+em+cart%C3%B3rios+para+pessoas+acima+de+12+anos>>. Acesso em: 20 nov. 2019

IBDFAM. IBDFAM manifesta-se pela manutenção do Provimento 63-2017 em sua integralidade. **Assessoria de Comunicação do IBDFAM**, Belo Horizonte, 9 maio 2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6621/IBDFAM+manifesta-se+pela+manutenção+do+Provimento+63-2017+em+sua+integralidade>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

IBDFAM. Supremo Tribunal Federal divulga acórdão da socioafetividade. **Assessoria de Comunicação do IBDFAM**, Belo Horizonte, 30 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6405/Supremo+Tribunal+Federal+divulga+acórdão+da+socioafetividade>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

LIMA, Mariana. Adoção no Brasil: a busca por crianças que não existem. **Observatório do terceiro setor**, São Paulo, 28 jun. 2019. Disponível em:

<<https://observatorio3setor.org.br/carrossel/adocao-no-brasil-a-busca-por-criancas-que-nao-existem/>>. Acesso em: 29 out. 2019.

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

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

MARANHÃO (Estado). Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão.

Provimento nº 21 de 2013. Disponível em:

<http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/404284/anexo_948144_o_nline_html_19122013_1038.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2018.

MATO GROSSO DO SUL (Estado). Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Mato

Grosso do Sul. **Provimento nº 149 de 2017**. Disponível em:

<<http://reinaldovelloso.blog.br/wp-content/uploads/2017/03/MS-Provimento-149-2017.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2019

PARANÁ (Estado). Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Paraná. **Provimento nº 264 de 2016**. Disponível em:

<https://portal.tjpr.jus.br/publicacao_documentos/materias/ajax.do;jsessionid=41656466197b0bd2fef6c45417bf?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f7da5a6714875a86223e9bcb5f2a1d051bb64d7f139480093c8056b857b61d541e9dd0b0b975d50f7>. Acesso em: 26 set. 2019.

PERNAMBUCO (Estado). Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco.

Provimento nº 09 de 2013. Disponível em:

<http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/1101058/Provimento_n.+09-2013.pdf/652c2554-6813-499c-8ce6-38715ad917e7?version=1.0>. Acesso em: 02 out. 2019.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (Orgs.). **Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar**. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação: Universidade de São Paulo (USP), 2018.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, ano 107, v. 998, dez. 2018.

SANTA CATARINA (Estado). Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Provimento nº 11 de 2013. Disponível em:< <http://reinaldovelloso.blog.br/wp-content/uploads/2017/03/SC-Provimento-11-2014.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; IOCOHAMA, Celso Hiroshi; CARDOSO, Kelly. Breves considerações sobre o provimento nº. 63 do CNJ relativamente ao reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva e a crescente desjudicialização. **Revista de Direito Notarial**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 29-49, jan./jun. 2019. Disponível em: <<http://rdn.cnbsp.org.br/index.php/direitonotarial/article/view/5/2>>. Acesso em: 30 out. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.

APAC - ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AO CONDENADO DE JUSTIÇA: UM ESTUDO SOBRE O MÉTODO COMO ALTERNATIVA AO CUMPRIMENTO DE PENA

Rasland Luna¹

Helena Christina Brandl²

Maria Clara Cruz³

Marianna Bila⁴

RESUMO

O Brasil possui atualmente a terceira maior população carcerária do mundo, não tendo isso impactado na redução da criminalidade. Observa-se o tratamento segregado dado aos condenados e aos egressos do sistema carcerário comum, em que lhes é negado os meios para a recuperação. Assim, medidas mais eficientes de ressocialização tornaram-se urgentes a fim de evitar rotulações sociais, geradoras de facilidades para novos crimes. Pretende-se mostrar o método APAC, especificamente a unidade prisional sob coordenação do Novos Rumos na Execução Penal do TJRN, como uma das formas alternativas de cumprimento de pena, que prioriza o respeito à dignidade da pessoa humana como a única maneira de recuperação. A APAC atua basicamente em obediência à normatividade jurídica na execução da pena privativa de liberdade prevista pela Lei de Execução Penal.

Palavras-chave: APAC. Reincidência criminal. Ressocialização de detentos. Humanização da prisão.

ABSTRACT

¹ Doutor em Sociologia pela Universidade do Minho/Portugal. Pesquisador nas áreas de Masculinidade, Sexualidade, Gênero e Prostituição. Professor de Sociologia dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). E-mail: raslandluna@yahoo.com.br

² Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). E-mail: helenacbrandl@bol.com.br

³ Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). E-mail: mcadv18@gmail.com

⁴ Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). E-mail: marianna_bila@hotmail.com

APAC - ASSOCIATION OF PROTECTION AND ASSISTANCE TO THE CONVICT OF JUSTICE: A STUDY ON THE METHOD AS ALTERNATIVE TO THE FULFILLMENT OF PENALTY

Brazil currently has the third largest prison population in the world and this has not impacted on reducing crime. It is observed the segregated treatment given to prisoners of the common prison system, in which are denied the right to resocialization. Thus, more efficient measures for recovery have become urgent in order to avoid social labeling, generating facilities for new crimes. The aim is to show the APAC method, specifically the prison unit under the coordination of the New Directions in the Penal Execution of the TJRN, as one of the alternative forms of punishment, which prioritizes respect for the dignity of the human person as the only way to recover. The APAC it basically acts in obedience to the juridical normativity in the execution of the custodial sentence provided for by the Criminal Execution Law.

Keywords: APAC. Criminal recidivism. Re-socialization of detainees. Humanization of prison.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil possui atualmente a terceira maior população carcerária do mundo e isso não impactou proporcionalmente na diminuição da criminalidade existente no país, haja vista que na última década houve um grande aumento da delinquência em todo o território nacional, no qual se destaca o Estado do Rio Grande do Norte, com elevação de 256,9% em seus números, chamando-se a atenção em relação à juventude perdida que deveria ser problema de primeira importância nacional, em observância às desigualdades relacionadas à raça e classe social na qual estão inseridas (IPEA, 2018).

Nesse contexto, observa-se que, o tratamento segregado oferecido aos condenados e aos egressos do sistema carcerário, contribui para o aumento dessa violência, visto que, durante o cumprimento de pena, normalmente lhes são negados os meios de recuperação, circunstância que se estende ao período pós cárcere, em que igualmente lhes são obstadas as oportunidades para a (re)construção das suas de vidas quando retornam ao convívio social.

Em razão disso, de acordo com Howard Becker, sociólogo americano que, pelos seus estudos, forneceu base para a teoria do desvio, estes, os desviantes, em sua maioria, terminam por desenvolver rotinas ilegítimas, por não serem mais aceitos pelos grupos em que conviviam, inclusive por seus familiares. Diante disso, tendem a se associar a grupos compostos por outros desviantes a fim de se sentirem pertencentes e por isso, se encaminham de modo quase que inevitável, para transvios ainda maiores, consolidando a identidade desviante (BECKER, 2008, pp. 43).

Assim, em razão do exponencial crescimento da população carcerária no Brasil, somado às dificuldades enfrentadas pelo indivíduo em se readaptar à sociedade após o cumprimento da sua pena, se tornou urgente o desenvolvimento de medidas públicas com métodos mais eficientes para a recuperação do sujeito infrator.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a importância da ressocialização do indivíduo que cumpre pena restritiva de liberdade e a função do sistema carcerário para punir e recuperar o sujeito, a fim de evitar rotulações sociais, geradoras de facilidades para a repetição de crimes.

Especificamente, pretende-se mostrar o método APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados de Justiça - como modelo de cumprimento de pena, que tem por lema, o respeito à dignidade da pessoa humana, o amor e a solidariedade, como elementos fundamentais para a recuperação do sujeito infrator em cumprimento de pena, a fim de que este egresso do sistema carcerário não recaia em novos crimes.

A metodologia supra foi selecionada, por considerar que observa e respeita efetivamente a Lei de Execução Penal. Ocupou-se do estudo de caso, especificamente do método apaqueano empregado na unidade prisional em Macau/RN, sob a supervisão do Tribunal de Justiça do RN, para análise do seu método e dos resultados em relação aos presos que cumprem suas penas nesse sistema.

A pesquisa se deu a partir de entrevistas de profissionais qualificados atuantes no Projeto Novos Rumos do TJ/RN que apoia a APAC no Rio Grande do Norte.

Quanto aos métodos de abordagem, utilizou-se indutivo e o dialético, pois baseou-se em um caso específico para o presente estudo e, inevitavelmente, fez-se comparações com o modelo penitenciário tradicional, a fim de observar os distintos resultados. Desse modo, procurou-se mostrar a APAC como exemplo alternativo para uma das possíveis soluções ao problema do cumprimento de pena no Brasil.

A primeira entrevista com especialista, foi realizada com o Juiz Fábio Wellington

Ataíde Alves, membro do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, graduado em direito e professor de criminologia. A entrevista concedida na Corregedoria do Tribunal de Justiça do RN, ocorreu no dia 24 de outubro de 2018 e tratou do método e das características da APAC e do sistema comum.

Em seguida, no dia 31 de outubro de 2018, Guiomar Veras de Oliveira, servidora pública e conselheira penitenciária estadual no RN que trabalha no Programa Novos Rumos na Execução Penal – TJRN, concedeu-nos uma entrevista no Tribunal da Ribeira para falar sobre a unidade da APAC que funciona em Macau no Estado do RN.

2 DISCUSSÃO LEGAL

De acordo com o relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada que aborda a Lei de Execução Penal, LEI 7.210/1984 (LEP):

Embora considerada uma das legislações mais modernas do mundo, a LEP brasileira enfrenta obstáculos na aplicação de muitos de seus dispositivos. Em seu Artigo 1o, a lei apresenta o objetivo de “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. A legislação tenta, de um lado, garantir a dignidade e a humanidade da execução da pena, tornando expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos, e, de outro, assegurar as condições para a sua reintegração social. No Artigo 10 está disposto que “a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado objetiva prevenir o crime e orientar o retorno à convivência e sociedade, estendendo-se esta ao egresso”. A LEP prevê, entre as atenções básicas que devem ser prestadas aos presos, assistência à saúde, assistência psicológica, educacional, jurídica, religiosa, social e material (IPEA, 2015, pp.13).

Entretanto, a prática mostra que o sistema prisional brasileiro tradicional se apresenta dissonante à proposição da Lei de Execução Penal vigente, que, ao contrário, expõe um quadro de violação de direitos fundamentais, impossível de modificar a trajetória de vida dos indivíduos encarcerados.

Corriqueiramente, veem-se infratores saírem cada vez mais perigosos, e disseminarem conhecimentos, que tornam a sua inteligência criminal mais forte do que quando adentraram no sistema carcerário, por vezes, recaindo em crimes mais graves.

Isto posto, tem-se que o Estado brasileiro é o primeiro a descumprir as leis que elabora e, lamentavelmente, esse quadro de desrespeito ao ser humano é replicado em todo o sistema carcerário brasileiro, cujas estatísticas se assemelham e demonstram que tal sistema vive em um estado de coisas inconstitucional, pela forma com que trata os

seus encarcerados.

De acordo com o ministro Marco Aurélio de Mello do STF, em análise à ADPF N. 347 que trata da violação dos direitos fundamentais dos encarcerados no Brasil:

O Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 711 mil presos. “Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”, disse, assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Diante disso, segundo o ministro, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. “O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”, afirmou. Nesse contexto, o ministro declara que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecidas dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal. De acordo com o relator, a violação aos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade e não serve à ressocialização. “A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social” (BRASIL, 2015).

Ainda, de acordo com a CF/88, art. 5º inciso XLIX (BRASIL, 1988); é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, entretanto, a realidade se mostra totalmente refratária aos escritos da lei, visto que o modelo tradicional de cumprimento de pena, tem sido um dos principais geradores de desigualdade e estigma para o sujeito que cumpre pena privativa de liberdade, em que o encarceramento, serve tão somente para o aperfeiçoamento e perpetuação no crime.

3 DISCUSSÃO SOCIOLOGICA

No livro “Vigiar e Punir”, Michel Foucault apresenta modelos dos dispositivos disciplinares das prisões, que há quase dois séculos estão em vigência no mundo e, vê-se, que ao longo do tempo, o encarceramento vem contribuindo para o aumento da criminalidade ao invés de reduzi-la pois, as prisões, atuam como fábricas de exclusão, induzindo a reincidência e transformando o infrator ocasional em delinquente permanente (FOUCAULT, 2013).

Nesse sentido, esclarece Lélío Braga Calhau:

De acordo com a tese de cada um se torna aquilo que os outros veem de nós, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para esta rotulação e para o reforço desses papéis (CALHAU, 2008, pp.75).

O modelo prisional tem papel decisivo na produção desse processo rotulador, pois as condições indignas às quais os encarcerados são submetidos, ao invés de promover a recuperação, cumprem papel oposto, agravando a condição de marginalizados.

O Relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública - DEPEN de 2017 aponta que:

A análise da população prisional brasileira registrada em 30/06/2016 em 1.422 unidades prisionais aponta que, em junho de 2016, existiam 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo 689.510 pessoas que estão em estabelecimentos administrados pelas Secretarias Estaduais de Administração Prisional e Justiça, o sistema penitenciário estadual; 36.765 pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou outros espaços de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública; e 437 pessoas que se encontram nas unidades do Sistema Penitenciário Federal, administradas pelo Departamento Penitenciário Federal. Em relação ao número de vagas, observamos um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país (DEPEN, 2017, pp.8).

Os dados acima, chamam a atenção para a necessidade de estudos aprofundados sobre a função ressocializadora das prisões, o fenômeno da reincidência criminal e seus fatores determinantes, bem como sobre a implementação de métodos alternativos como meios de contornar esta crise de superlotação no sistema prisional brasileiro.

Portanto, são um desafio complexo a ser enfrentado e que dependerá do diálogo entre os órgãos do sistema criminal e diversos setores da sociedade.

Segundo Howard Becker (2008), sociólogo americano e estudioso que forneceu bases para a teoria do *etiquetamento social*, o *labeling approach*, os grupos sociais são os verdadeiros responsáveis pela criação do desvio do sujeito, pois, ao estabelecerem as medidas de controle social em determinada sociedade, aplicam tais regras a certos grupos de pessoas em particular, e qualificam-nas como marginais. Nesse processo percebe-se que, todo o sistema penal é organizado para gerar essa rotulação, em outras palavras, a reação social se dá proveniente à ocorrência de uma determinada infração

(CALHAU, 2008, p. 75).

Nesse contexto, nos interessa analisar como se dão os processos da criminalização secundária, ou seja, da reação do sujeito ao ser enquadrado em determinado delito, posto que, nesse momento, surge o desvio propriamente dito, o chamado etiquetamento social em que o delito praticado, atua como rótulo social e passa a determinar o conceito do sujeito sobre si e da sociedade sobre ele.

Assim, não se pode compreender a criminalidade se não se estudar a ação do sistema penal, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais, considerando que o status social de delinquente pressupõe necessariamente o efeito das atividades dessas instancias de controle social da delinquência (BARATTA, 2011).

Como alternativa ao ciclo vicioso acima exposto, dentro do Projeto Novos Rumos de Execução Penal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte destaca-se a implantação da APAC, modelo prisional vigente em todo Brasil, que possui uma unidade instalada na cidade de Macau/RN.

Trata-se de um projeto modelo, idealizado pelo seu fundador, Mário Ottoboni, cuja proposta é garantir às pessoas que um dia erraram, o direito de não cometerem novos crimes. Composto por entidades sem fins lucrativos, objetiva proporcionar ao condenado, condições de reinserção na sociedade, com a promoção de justiça e o apoio às vítimas.

Este método tem como filosofia “matar o criminoso e salvar o homem presente nos sujeitos antissociais” (OTTOBONI, 2014).

Implementada no ano de 2010 em Macau/RN, a APAC, é uma entidade civil de direito privado, com personalidade jurídica própria, dedicada à recuperação e reintegração social de condenados. Destina-se ao cumprimento de pena no regime fechado e ao semiaberto, entretanto, a sua gestão, é realizada pela própria sociedade civil.

De acordo com a Cartilha APAC, editada pelo Conselho de Defesa Social do Estado de Minas Gerais em 2004:

A principal diferença entre a APAC e o sistema carcerário comum é que nesse sistema, os próprios presos, chamados recuperandos, são corresponsáveis pela sua recuperação, colaborando com a segurança e disciplina do local, sem a presença de polícia ou agentes penitenciários. Todos têm assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica prestadas pela comunidade, frequentam cursos supletivos e profissionalizantes, além de outras atividades, evitando o ócio, em uma disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o

envolvimento da família do sentenciado. O método APAC nasceu em São José dos Campos (SP), em 18 de novembro de 1972, idealizada pelo advogado Mário Ottoboni e um grupo de amigos cristãos que se uniram com o propósito de “amenizar as aflições vividas pela população prisional da Cadeia Pública de São José dos Campos” e devido ao êxito desse trabalho, em 1974 a associação, que existia apenas como grupo da Pastoral Penitenciária, ganhou personalidade jurídica e passou a atuar no presídio Humaitá da mesma cidade. A unidade pioneira foi fundada em 1986, na cidade de Itaúna/MG e desde então tem tido excelentes resultados, tornando-se referência nacional e internacional na recuperação dos presidiários, apresentando índices de reincidência em torno de 8% a 10%. Atualmente funcionam aproximadamente 100 unidades juridicamente organizadas, distribuídas em todo o território nacional e além dessas, já foram implantadas unidades em países como Alemanha, Bulgária, Cingapura, Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador, Eslováquia, Estados Unidos, Inglaterra, País de Gales, Honduras, Malawi, México, Moldávia, Namíbia, Nova Zelândia e Noruega. A unidade de Macau integra a rede de APACs de todo o país, filiada à Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC) e à *Prison Fellowship Internacional* – órgão da ONU para assuntos penitenciários (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2004).

No RN, o Programa Novos Rumos da Execução Penal, instituído pela resolução n 014/2009 – TJ/RN, em 06 de maio de 2009, foi criado com o objetivo de implantar a unidade de Macau como forma de gestão prisional de execução penal.

A Cartilha APAC acrescenta que:

A metodologia da APAC tem como objetivo, promover a humanização das prisões, sem perder de vista a finalidade punitiva da pena, evitando a reincidência no crime e oferecendo alternativas para o condenado se recuperar. Possui elementos fundamentais, os quais surgiram após diversos estudos e reflexões para que produzissem os efeitos almejados, tais como a inserção da comunidade no projeto, o aprendizado profissionalizante e o trabalho, a religião, a assistência jurídica e à saúde, a valorização humana, o incentivo à participação da família, o mérito do condenado para a progressão do regime, a participação do voluntariado e a solidariedade entre os presos. A sua filosofia consiste em “matar o criminoso e salvar o homem” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2004).

Importante destacar que o método é fundamentado em bases rígidas e a observância de todos esses elementos na aplicação da metodologia, é indispensável para a recuperação do apenado. O método oferece um modelo humanizado da prisão, propício para criar um ambiente de ajuda recíproca entre os próprios recuperandos (como são chamados), em que a disciplina é ferramenta fundamental da metodologia.

Observa-se que a APAC oferece um modelo diferenciado e inverso do modelo tradicional dos cárceres brasileiros, com características incomuns ao cenário prisional brasileiro, sendo, portanto, referência em recuperação do sujeito infrator, além de ser exemplo fidedigno de obediência à legislação de Execução Penal.

4 ENTREVISTAS

A iniciativa da criação do método APAC, se deu a partir da constatação do advogado Mário Ottoboni, de que o sistema prisional brasileiro, já na década de mil novecentos e setenta possuía uma metodologia falida. Desse modo, utilizou-se de um paradigma inovador, com a finalidade de recuperação do sujeito infrator, ao invés de apenas prendê-lo e retirá-lo da sociedade, como forma de punição pelo crime cometido.

Foi responsável pela criação de um método único e eficiente, em Minas Gerais e que tem sido adotado por diversos tribunais de justiça do Brasil assim como por outros países, como o modelo alternativo e eficiente de recuperação de criminosos. A APAC tem a missão de cuidar dos presidiários, atuando em parceria da justiça brasileira na execução das penas.

Sobre a criação do Projeto Novos Rumos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Guiomar Veras de Oliveira, servidora pública estadual e conselheira penitenciária no Programa Novos Rumos na Execução Penal do TJRN, explicou que:

(...) o programa novos rumos da execução penal, (...) funciona como instrumento de apoio, de fomento à implantação das APAC aqui no RN, e isso se deu porque em 2008 e 2009, o presidente, da época, o desembargador participou de um encontro nacional da presidência nacional de justiça que aconteceu em Minas Gerais e na ocasião foi apresentado um vídeo com a experiência da APAC, (...) e ele se empolgou muito, (...) e ao retornar procurou o juiz que, atualmente é o coordenador, o Dr. Gustavo Marinho (...). Eles foram a Minas conhecer e receberam as primeiras orientações para que a gente iniciasse aqui, que fosse criado um programa da mesma natureza, com a mesma finalidade e até que mantivesse o nome, uma sugestão, que não foi nenhum sacrifício, porque realmente é um nome que sugere muito, *novos rumos* é realmente um nome que a gente acolheu com muita satisfação, (...) então, assim foi criado o *Novos Rumos*, com esse foco na APAC.

O desejo pela recuperação do infrator baseada na valorização humana – premissa apaqueana - norteou a criação do método, que considera essencial distinguir o homem do criminoso, eliminando este último e recuperando o primeiro, considerando esta, a única maneira de resgatar a humanidade desse sujeito, oferecendo-lhe, literalmente, oportunidade de *Novos Rumos*.

Ademais, conforme afirmava o seu fundador, Mário Ottoboni, cada unidade APAC precisa surgir a partir do interesse da própria sociedade, que tem que estar presente na sua rotina por intermédio dos seus voluntários e da própria família do apenado.

A APAC não visa ao isolamento do condenado, ao contrário, procura mudar a

concepção de que o simples aprisionamento resolveria a questão da criminalidade.

Neste sentido, Guiomar Veras, discorreu sua opinião sobre o diferencial do método:

O método da APAC, eu particularmente, qualifico como o caminho mais acertado que se descobriu no âmbito da execução penal, (...) é muito difícil de falar do método APAC, sem de vez em quando dá uma passada no método comum, então a gente sempre faz essa ida e vinda, porque esse comparativo é fundamental. Nós temos um sistema prisional que é totalmente violador em todos os aspectos, não só do preso, mas da família e até mesmo dos próprios servidores, é um sistema prisional que não cumpre o papel a que se propõe de preparar a pessoa para o convívio, para o retorno ao convívio social, então muito pelo contrário, ele destitui essa pessoa das capacidades mais elementares, dos hábitos mais elementares do dia a dia mesmo, de sua autonomia, de todos os aspectos, psicológicos, físicos (...), eu qualifico como extremamente perverso e que não deveria se admitir nos dias de hoje." A maior diferença dele para o sistema comum, (...) é o respeito à dignidade da pessoa humana. A APAC zela pelo respeito, pela família dessa pessoa, você tem que ter respeito à individualidade dessa pessoa (...). Não admite superlotação (...), porque não se pode deixar que a pessoa durma no chão, não pode deixar que essa pessoa durma por cima de outra, (...) a lei de execução penal que está muito presente, é o cuidado pelo cumprimento da pena que também difere do sistema comum." (...) por exemplo, a APAC não admite essa história de preso se alimentar na cela, na APAC tem que ter refeitório.

Sobre o método inovador e seus impactos, o juiz de direito Fábio Ataíde, coordenador do Projeto Novos Rumos na Execução Penal do Estado do Rio Grande do Norte, em sua entrevista, expôs que:

(...) a capacidade de transformação não somente das pessoas que estão cumprindo pena na APAC, mas a capacidade de transformação que ela possui em relação às pessoas que estão na sociedade... de como a prisão é vista. ... de mudar o ponto de vista da prisão. A prisão é vista pela sociedade como uma casa de leprosos, que devem ser excluídos da sociedade, e lá você não encontra isso. Nas pessoas da vizinhança mesmo, (...) as pessoas lá não se incomodam de estarem no centro da cidade, vizinhos a uma unidade prisional, com pessoas com penas longas, porque a APAC não escolhe pessoas com penas baixas, há preferência por penas longas, por quem vai passar muito tempo na prisão, e isso tem uma razão, (...) a ideia de que quanto mais tempo você passa na prisão mais você se desliga dos seus contatos, das suas relações externas, mais você aceita liderança das pessoas que estão dentro da prisão, mais você assume os códigos de conduta internos da prisão, mais você assimila em linha geral, a cultura da prisão, e essa cultura da prisão faz com que as pessoas que passam mais tempo na prisão no sistema comum por exemplo, tenham mais correspondência com a violência. A APAC ataca esse universo, de pessoas mais suscetíveis à cultura da prisão.

Neste contexto, extrai-se a importância da conscientização da sociedade em relação à sua responsabilidade no combate à violência, visto que um cumprimento de

pena adequado à legislação de execução penal, devolverá a essa mesma sociedade, um sujeito com sua autoimagem reformulada, livre do seu erro e apto ao convívio social positivo, trazendo conseqüentemente, proteção ao meio social.

Sobre esse pensamento, Fábio Ataíde, acrescentou:

(...) do ponto de vista da criminologia, eu vejo como modelo vantajoso por várias razões, (...) dela permitir a aproximação e integração com a comunidade, que pessoas da família convivam, o que se chama “abrir a prisão”, para que as pessoas entrem na prisão, como os voluntários também. A APAC de Macau funciona no centro da cidade. Em 2017 tivemos várias rebeliões aqui Estado e não tivemos rebeliões lá. Não existiu formação disso! As pessoas dizem: vocês escolhem os melhores, mas não é todo mundo que quer ir pra APAC não, porque só aceita ir quem realmente tem o desejo de entrar numa disciplina, lá é disciplinar! (...) existe uma seleção, e o juiz com mais uma comissão seleciona as pessoas, que têm que ser da localidade, de Macau, ou cometeu o crime lá ou cometeu fora, mas sendo de lá, a ideia é de vinculação, pra que traga essas pessoas para próximo. Lá você tem uma comissão de sinceridade, uma comissão formada pelos próprios presos que fazem o controle da disciplina, então é baseado na disciplina, na laborterapia, na assistência religiosa e na educação também. (...), não existe participação do Estado em nada na unidade, não existe agente penitenciário. Os próprios presos, os voluntários e as pessoas contratadas pela APAC que controlam e até ex-presos são contratados para lá trabalharem. Tem um ex-presidiário da APAC que trabalha lá como contratado. (...) Para a implantação de uma nova APAC, precisa capacitar alguns presos que terão que viver numa APAC modelo por alguns meses para assimilar o método e incorporar a disciplina APAC e multiplicar para os que vão chegando, assumindo algumas responsabilidades dentro desse sistema. São presos que apresentam alguma liderança. (...) Se questiona se dar poder aos presos, mas eles já têm esse poder, com o sem APAC.

Sem perder de vista a finalidade punitiva da pena, a metodologia apaqueana busca a recuperação do condenado e a sua inserção no convívio social, a partir da ideia de que, ao recuperar o infrator, quem melhor se beneficiará será a própria sociedade, evitando o cometimento de novos crimes.

Para tanto, respeitar e seguir as diretrizes da Lei de Execução Penal é fundamental para o sucesso da recuperação do sujeito que cometeu um erro e foi condenado à privação da sua liberdade.

Assim, a preocupação com o retorno desse sujeito à sociedade, deveria nortear a missão de todo o sistema penitenciário e não somente da metodologia da APAC. O chamado método alternativo de cumprimento de pena deveria ser utilizado como o padrão, haja vista que seus resultados são superiores ao método intitulado tradicional, sendo um exemplo nacional que realiza pelo seu método, a atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Abaixo, o depoimento de Guiomar Veras em relação ao tratamento aplicado ao

preso na APAC:

A APAC é um processo para todos, então lá tem sala de aula, o preso sai para estudar, todos eles têm que estudar, então esse olhar é fundamental, (...) há um cuidado realmente no cumprimento da Lei de Execução Penal, de todos os aspectos, na assistência de forma geral, nas assistências que constam lá, elas são verificadas ali pra que haja cumprimento das penas e a participação da sociedade é um ponto também que marca muito a metodologia. Também está lá na lei de execução penal, então logo no começo se fala dessa participação da comunidade na execução da pena e ela, de fato, é fundamental, porque o preso ele vai retornar para sociedade, então não pode se fazer essa separação que existe no sistema comum e colocar o preso como se fosse um mostro, como se fosse de outro mundo e como se fosse um leproso de antigamente, que a sociedade não quer o menor contato, que a sociedade tem medo e a APAC, ela quebra esse paradigma, ela convoca a sociedade para estar lá dentro. No sistema comum esse contato é impossível de ser feito, e não é pela existência de facções, o modelo desse muro intransponível sempre existiu, isso aumentou o distanciamento das pessoas dos que estão lá dentro. Nunca houve uma preocupação da sociedade em relação às condições em que essas pessoas se encontravam, nunca foi um discurso de inclusão social, de preocupação com as condições que o Estado abandonou. Na APAC a sociedade é convidada a participar do projeto.

Nesse trecho, Guiomar Veras faz referência ao art. 4º, da LEP, Lei de Execução Penal, que diz que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Assim, verifica-se que o êxito no cumprimento da pena, engloba a integração com a sociedade, que funciona como uma espécie de controle social, de referência para o apenado, pois o isolamento, ao contrário, aumenta a revolta e os sentimentos antissociais do sujeito.

Noutro giro, o método propõe que, na concepção de que o homem não nasceu para viver isoladamente e de que é um ser múltiplo e sensível, fundamental é despertar e resgatar a sua espiritualidade, não lhe impondo, entretanto, este ou aquele credo.

Neste modelo, esse resgate espiritual é ferramenta auxiliar para a recuperação do preso, pautando-se na ética e buscando alterar seus valores que o conduziram ao cometimento do crime.

Aflorar tais conceitos como a fé e amor, despertar a sensibilidade e o sentido moral do sujeito, para a possibilidade de uma vida renovada após a sua saída da prisão, contribui para a recuperação da autoestima e nesse sentido, a aplicação do método religioso para essa finalidade é utilizada como terapia.

Sobre esse assunto e acerca das críticas da academia jurídica sobre o tema, relata Guiomar Veras:

A questão da religião é polêmica no meio acadêmico porque há quem diga que é uma maneira de (...) alienar, de adestrar as pessoas, de tirar autonomia, catequizar, (...) sim, então há essa crítica mas, eu sou do espaço de academia (...), mas entre essa resistência que a gente percebe e entre o que a gente vê na prática com pessoas, com famílias com... então entre uma e outra, sinceramente, não me incomoda essa crítica, (...) é uma reflexão que deve permanecer lá nos bancos mesmo da academia, mas que ela não (...) corresponde à realidade prática, a gente percebe que essa questão da religiosidade, da espiritualidade, ela... ela é muito importante para a maioria das pessoas, a grande maioria, se não disser para todo mundo sabe, acho que isso faz parte e a APAC ela não impõe determinada religião, quer dizer, você tem... permanece com a sua liberdade de credo, mas você tem que se abrir a essas reflexões... e a gente sabe que você pode receber alguém, por exemplo, um preso, um recuperando que se diga ateu, e tal e tal... mas no geral eu vou lhe dizer, quando você coloca essa questão de você se colocar como irmão... há... é... nós somos filhos de Deus, nós somos irmãos, isso já é uma primeira barreira que começa a ser quebrada.

Esse conceito de humanização aplicado no tratamento ao condenado, colocando-o como o protagonista da sua vida e faz com que este se sinta acolhido e capaz de cooperar na sua recuperação.

Esse processo libertador, é imprescindível, principalmente pelo rótulo delinquente que se instaura no criminoso assim que adentra uma unidade prisional comum, causado pela sociedade que lhe impõe uma etiqueta de marginal e pelo próprio preso que termina por aceitar essa rotulação.

Nesse sentido a narrativa de Guiomar Veras demonstra esse fato na prática:

(...) porque quando ele está no sistema comum, ele mesmo começa a alimentar internamente, uma ideia de que ele é um bandido, de que ele é um delinquente, isso eu digo... eu tive um exemplo concreto, olhe, há poucos meses de um rapaz que passou um mês... um rapaz estudava, trabalhava e ajudava em casa, mas teve um problema porque começou a usar droga e nisso terminou agredindo a mãe e terminou sendo preso, passou um mês em Alcaçuz, saiu de alvará, vai responder em liberdade, e nesse dia da saída eu estava lá e conversei com ele e tal, e ele veio aqui né, orientei a procurar aqui o Novos Rumos, e na conversa com ele, ele disse: não, porque quando a senhora saiu procurando a gente... porque realmente, quando eles estavam saindo ali de todo jeito, descalço, com aquela farda do presídio, quando eu vi de longe, eu sai correndo atrás... porque eu digo como é que esse...ele e mais dois, aí ele fez: quando eu vi a senhora correndo atrás de três delinquentes... olhe só, ele se chamou de delinquente, olhe só... ele assumiu o papel... passou um mês preso, ele nunca tinha sido preso na vida, ele não...nunca...não tinha trajetória de delito, de nada e quer dizer, olhe só como isso é grave, isso para mim... esse exemplo eu vou multiplicar em todos os espaços que eu puder, esse... isso é muito simbólico, isso diz tudo, então a APAC ela começa a desconstruir isso.

A importância de um cumprimento de pena digno, em celas limpas e organizadas, além da prática de atividades de aprendizado, laborais e de cunho espiritual, assim como a proximidade da família, são garantias para uma recuperação

adequada e o alargamento da possibilidade regenerativa do sujeito, como acrescenta Guiomar Veras:

A pessoa pode cometer um delito, mas inclusive tem uma frase que é muito linda na APAC que é “todo homem é maior que o seu erro” , ou seja, você comete um erro, mas você é muito maior que o seu erro, você tem várias possibilidades, de refazer sua história, de cometer coisas boas, então a APAC foca nisso, foca nesse potencial que toda pessoa tem de ser melhor, inclusive nós, porque quem está lá não são pessoas diferentes da gente, então assim realmente essa questão é o título da obra de Doutor Mário em “Vamos matar o criminoso”. A ideia é essa matar o que tem de mau na pessoa e fazer nascer, resgatar nela coisas boas, um homem novo, regenerado, um homem renovado, então a essência é essa. No sistema prisional comum ele não tem, (...) essa preocupação como foco dele, de recuperar a pessoa, e a opressão, a superlotação, a humilhação, por mais que se ache que esteja fazendo certo, que está contendo aquelas pessoas, isso nada colabora para esse processo de mudança, para o lado positivo de qualquer indivíduo.

O resgate da boa índole do sujeito infrator que cumpre pena na APAC é esforço diário dos colaboradores, funcionários e voluntários e o principal objetivo é evitar a reincidência no crime após a saída da cadeia desse indivíduo, uma maneira de proteger a sociedade e promover a diminuição da criminalidade do lado de fora do cárcere. Acerca do assunto, Guiomar Veras atesta:

(...) a gente olha para a metodologia APAC como uma alternativa de gestão prisional que é eficiente porque apresenta um resultado (...) positivo com relação à reincidência, ela é menos que 10% na APAC, pode-se dizer que ela é inversamente proporcional no sentido do sistema comum, então a reincidência é altíssima no sistema comum e na APAC mesmo nos casos que acontece a reincidência, essa reincidência, esse novo delito cometido, é um delito de menor gravidade do que o delito anterior, que causou a prisão dele. Diferentemente do que acontece no sistema comum, que normalmente ele se “aperfeiçoa” no mundo do crime.

Somando às grandes vantagens do método em relação à recuperação do apenado, os custos de cada preso na APAC são bem inferiores ao sistema tradicional, conforme relatado pelo juiz entrevistado Fábio Ataíde: “(...) ordem de 700 reais por preso na APAC, é muito abaixo porque aqui no sistema comum o preso custa no mínimo o dobro disso (...)”.

Sobre este tema, acrescenta Guiomar Veras: “(...) os custos são bem mais baixos que o sistema comum”. E destaca que “(...) na APAC não tem polícia, não tem agente penitenciário, não tem armas, então todo esse gasto com aparato de segurança não existe (...) na APAC de Macau, sem armas, com muro baixo que até a gente pula (...)”.

A aparente vulnerabilidade, peculiar do método APAC no sentido de que não

utiliza agentes penitenciários e armados para zelar pela segurança, é suprida pela coparticipação dos próprios presos na disciplina e na vida em comunidade.

O bom convívio e a conduta são norteados por extrema disciplina que é exigida e cobrada por todos que cumprem pena. E sobre essa questão, ressalta-se que nem todos se adaptam ao modelo disciplinar, consoante as palavras abaixo esboçadas por Guiomar Veras durante a entrevista:

Já houve fuga e já houve tentativas de fugas que foram evitadas porque os outros recuperandos impediram, seguraram a pessoa, porque um dos elementos da APAC é que primeiro ele é corresponsável pela execução da pena, outro é que é recuperando ajudando recuperando, ele se desenvolve, se aproxima (...) e não de afastamento que é o que tem no sistema comum né, pode até acontecer da pessoa fazer amizade, claro, você tá num convívio onde as relações são muito no âmbito da desconfiança, especialmente, depois do surgimento dessas facções (...) na APAC nunca teve caso de rebelião, nunca teve caso de homicídio.

O mérito, é outro indicador de evolução do apenado utilizado no método. Cada um possui um prontuário que registra todos os acontecimentos, incluindo desde elogios, sanções disciplinares a eventos cotidianos a fim de comprovar possíveis pedidos de benefícios jurídicos.

Nesse contexto, a família do apenado possui papel decisivo na evolução positiva desse quadro, pois é a célula básica de convívio social e elemento fundamental para o preso, em saber que sua família continua ao seu lado e que o receberá quando ele de lá sair, oferecendo-lhe o suporte necessário na sua volta à sociedade.

Nessa perspectiva, Guiomar Veras revela a necessidade de se manter o elo familiar e com os entes próximos durante o cumprimento da pena:

Qualquer pessoa precisa ter essa sensação de pertencimento ao grupo, então de repente, se você perceber que não pertence mais à sua família por eles te julgarem safado, um bandido após o erro, e todos te viram as costas, seus vizinhos, então você precisa se sentir pertencente a um grupo, é... isso acaba por fortalecer determinados grupos criminosos porque é quem o apoia, e, a APAC ela faz isso, então o preso quando chega do sistema comum e bota o pé na APAC, a primeira medida que se toma quando ele chega é que se retire as algemas. (...) a família então, dispensa maiores detalhes, fortalecer os laços familiares e essa questão da família ela é muito decisiva para contribuir com que o preso permaneça no sistema, aliás na APAC, então você tem várias situações, já escutei de vários presos dizerem que foram para a APAC pensando em fugir porque sabia que lá não tinha arma, que não tinha polícia e tal e quando eles chegaram lá que foram bem tratados e que viram a família com o olho brilhando, a família que chega aos pedaços no sistema comum depois de humilhação, no caso a mãe, uma esposa, se submeter aquela revista humilhante, vexatória aí de repente essa pessoa chega feliz na APAC então isso vai

desmontando essas más intenções que ele tem de fugir e tudo mais... não, vou ficar aqui, não posso fazer isso com minha família.

Ressalta-se no método apaqueano a preocupação com a família de cada um dos presos, tomando-se o cuidado de não estender a pena aos parentes, que sofrem no sistema comum com longas filas, revistas vexatórias, conforme dito pela entrevistada acima.

Nesse prisma, a APAC fornece também suporte aos familiares, por entender quão delicada é a vida deles e de quanto isso os afeta. A preocupação e o respeito com a dignidade da pessoa humana se estendem a todos os que estão inseridos nesse processo.

A crença na valorização humana é a base da APAC, que busca despertar o comportamento de responsabilidade, conscientizando a todos dos seus direitos e deveres, a fim de possam reavaliar seu posicionamento perante à sociedade, libertando-se dos seus vícios e deficiências e convocando-os ao protagonismo de suas vidas.

Diante disso, a aplicação ampliada desse método poderia ser pensada e desenvolvida, pois certamente resultaria na redução dos índices de criminalidade, contrariando os resultados do sistema comum, em que a violência transborda os muros, muitas vezes causado pela cultura majoritariamente punitiva e encarceradora, capaz de misturar presos provisórios com condenados e presos com penas graves com outros que antes sequer haviam cometido delito, em nome da punição.

Nesse caminho, o entrevistado Fábio Ataíde, critica a falta de interesse em se alargar as soluções para o problema do cárcere e da violência no país:

Precisamos ter estratégias que interrompam esse processo e não temos isso, não temos criminologia, é uma disciplina facultativa, optativa de 30 horas nas universidades. Estamos numa das cidades mais violentas do Brasil e a gente não estuda soluções pra isso, não há institutos pra isso. As universidades não se interessam pela produção desse conhecimento, nem o Estado financia esses projetos. Usamos um conhecimento pronto, eurocêntrico e nós precisamos de conhecimento da nossa realidade e a APAC é um conhecimento prático, nosso, real, de vivência.

Em um cenário caótico, de presídios superlotados e dominados por facções criminosas, um sistema prisional em que não há fugas nem motins, que possui um custo extremamente inferior, além de índices de reincidência infinitamente menores ao modelo comum, deveria ser incentivado, entretanto, lamentavelmente não é o que se vê, posto que não há interesse do Estado.

A APAC poderia ser classificada como uma evolução do sistema penitenciário e deveria ser vista como um projeto para a sociedade e não apenas para os presos. Poderia ser utilizada para o cumprimento de pena para a maioria dos reclusos que cometeram crimes mais leves, que poderiam ficar longe do aliciamento das facções criminosas que dominaram o sistema penitenciário tradicional, onde infelizmente, ocuparam o espaço vazio deixado pelo Estado.

Assim, a entrevistada Guiomar Veras explica sobre as condições em que os presos no sistema comum vivem:

(...)você tá numa cela que é para ter 8 pessoas e tem 40, você sujo... você sem, como já teve período de até sem escova de dente eles ficarem, dias sem escovar dente, você com fome, você sem ter espaço nem para se deitar, aí você dorme, como é que você dorme? Tá entendendo? Porque o sono ele é fundamental para qualquer pessoa, para lhe refazer em todos os aspectos, aí no caso deles que tão ali um mês... se me tirar por 3 dias meu Deus! Eu já tô só o bagaço, então você imagine, uma semana, duas, três, um mês, um ano... nesse processo sabe? Então, o sono é retirado. O direito de dormir, (...) eu digo, a questão do sonho, um preso, ele consegue sonhar? O sonho ele já é um estágio mais evoluído, quer dizer, assim essas questões assim tão básicas (...) a questão da valorização humana, então você tem que trabalhar a questão da auto estima da pessoa, é... que tá relacionada a tudo isso que a gente falou antes né, das condições físicas mas também das condições psicológicas, espirituais e tudo mais e do respeito, então assim... nunca vi ninguém ficar melhor porque foi tratado... porque levou uma porrada né, quer dizer mas vi pessoas ficarem melhor porque alguém estendeu a mão, acreditou nela, então isso é fundamental.

O juiz Fábio Ataíde nos alerta para as consequências do método aplicado pelo modelo prisional tradicional brasileiro:

O Brasil sentirá os efeitos da criminalidade daqui a alguns anos, nós não temos o estado social penal, onde requalificaríamos essa população carcerária e devolveríamos ao mercado quando este estivesse aquecido (...), não temos essa requalificação, essa educação. Estamos destruindo a força de trabalho, a nossa juventude. Com a diminuição dos índices demográficos sentiremos economicamente mais ainda os efeitos disso.

Portanto, a partir dos depoimentos colhidos na pesquisa, torna-se necessária a aplicação de métodos alternativos ao modelo atual de cumprimento de pena, como o modelo proposto pela APAC, pois o que se vê, de maneira ampla nas prisões do modelo tradicional, são tormentos e aflições provocados pelo encarceramento inadequado, chancelados pelo próprio Estado dito democrático de direito, mas que, na prática, continua por reproduzir a velha e desumana conduta de vingança contra aqueles que lhe provoquem instabilidade através do crime.

Como defende Beccaria (2005), é necessário escolher penas que causem impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens e menos penosa no corpo do réu. O exercício da submissão institucional a uma determinada pena, como apresenta o método APAC, aqui delineado nas falas dos servidores públicos responsáveis por sua existência no Estado do Rio Grande do Norte, deixa claro como um tratamento humano e comprometido, de fato, com a recuperação do apenado e a sua devida ressocialização é certamente mais eficaz à promoção de uma sociedade mais harmônica e menos violenta, do que imposições desumanas e degradantes, expressas nos nossos regimes carcerários tradicionais, retratos de um Estado meramente comprometido com o exercício do castigo, do revide e das torturas físicas, psicológicas e morais dos sujeitos presos que, por sua vez, terminam por potencializar ainda mais a conduta criminosa destes.

5 CONCLUSÃO

Equivocadamente, a nossa sociedade trata o condenado como um sujeito à parte, que deve ser isolado do convívio comum, esquecendo-se de que no Brasil não há previsão de prisão perpétua ou pena de morte.

Significa dizer que, em algum momento esse indivíduo voltará à vivência social e deverá estar totalmente adequado à retomada deste processo de coexistência social.

Dessa maneira, deve haver um compromisso de todos em colaborar com esse processo, conforme traz o art., 4º da Lei de Execução Penal, que trata da cooperação da comunidade nas atividades de execução penal.

Neste aspecto, a sociedade deve ainda assumir o papel cidadão de fiscalizar e cobrar do Estado a sua responsabilidade na condução de devolução desses indivíduos devidamente aptos ao convívio social, após o cumprimento de suas penas.

Por outro lado, os cidadãos devem entender que a recuperação de um ex-detento, significa ganho social e humano que irá produzir uma harmonia social expressiva ao bem de todos, pois do contrário, teremos, num futuro próximo, índices de violência ainda maiores, assim como, o caótico aumento da população carcerária, sem que isso impacte positivamente na diminuição da violência, ao contrário, refletindo para fora das cadeias o aumento da criminalidade e da insegurança que, por sinal, já vivemos.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia de Direito Penal**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa.
- BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. Tradução Maria Luiza X. de Borges.
- BRASIL. IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência nº ADPF 347. Relator: Min. MARCO AURÉLIO MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Brasília, 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nh82k29>>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- BRASÍLIA. DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização - Junho de 2016**. Brasília - DF, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de Criminologia**. 3. ed. Niteroi - RJ: Impetus, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- IPEA- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicadas; FBSP- Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência 2018**. 2018. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/3/2018>>. Acesso em: 11 out. 2018.
- OTTOBONI, Mário. **Vamos Matar O Criminoso? Método Apac**. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 2014. 320 p.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2004, Belo Horizonte. **Cartilha Apac**. Belo Horizonte: Conselho de Defesa Social/gabinete do Vice-governador do Estado de Minas Gerais, 2004. 33 p.

A INFLUÊNCIA DA LEI 11.343/2006 NO ENCARCERAMENTO NEGRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA NECROPOLÍTICA

João Miguel de Carvalho Alves¹

Luiz Felipe Pinheiro Neto²

RESUMO

O processo de construção do negro dentro da sociedade brasileira teve início com a exploração de sua mão de obra sob o regime da escravidão, sendo assim, para que fosse mantida sua condição de submissão, impedindo assim que ocupasse outro lugar dentro da pirâmide social, diversos instrumentos foram utilizados para tal, impedindo assim que o negro enquanto escravo se insurgisse contra a elite, nesse sentido, com o aperfeiçoamento da prática racista ao longo do desenvolvimento da sociedade brasileira, houve a permanência desse comportamento, que continua a nortear as ações do Estado Brasileiro, consistindo no uso da necropolítica. Desse modo, a relevância na discussão dessa questão reside em entender justamente como se dão essas práticas e como afetam diretamente a existência de um grupo social. Para tanto, busca-se demonstrar que há uma instigação a cultura punitivista que por sua vez decorre da estruturação do racismo que transcende a construção da sociedade e apontar que atualmente as leis são utilizadas como instrumento da necropolítica. Sendo assim, como método de abordagem o método dedutivo, o histórico e estatístico como de procedimento e como técnica de pesquisa, a análise bibliográfica. Como também, no tocante ao referencial teórico, foram utilizados livros de direito penal, processo penal e sociologia, além da legislação e relatórios sobre o sistema prisional. Não obstante, provou-se que a edição de leis, especificamente da lei que institui o combate às drogas, constitui um dos meios de manifestação da prática de necropolítica atualmente, por intermédio da punitivismo exacerbado, contribuindo para o genocídio negro.

Palavras-chave: Racismo estrutural. Brasil. Poder. Violência.

¹ Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. joamigueldecalves@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. professorluizpinheiro@gmail.com

THE INFLUENCE OF LAW 11.343/2006 ON BLACK IMPRISONMENT: AN ANALYSIS FROM THE THEORY OF NECROPOLITICS

ABSTRACT

The process of constructing the black man in Brazilian society began with the exploitation of his labor under the slavery regime. In order to maintain his condition of submission and prevent him from occupying another place in the social pyramid, several instruments were used to that end, thus preventing the black man as a slave from rising up against the elite. Thus, the relevance of discussing this issue lies in understanding precisely how these practices occur and how they directly affect the existence of a social group. To this end, we seek to demonstrate that there is an instigation to a punitive culture, which in turn stems from the structuring of racism that transcends the construction of society, and to point out that laws are currently used as instruments of necropolitics. Thus, as a method of approach, the deductive method, the historical and statistical as a procedure and as a research technique, the bibliographic analysis. As for the theoretical referential, books on criminal law, criminal procedure and sociology were used, in addition to legislation and reports on the prison system. Nevertheless, it was proven that the edition of laws, specifically the law that institutes the fight against drugs, constitutes one of the means of manifestation of the practice of necropolitics today, by means of exacerbated punitivism, contributing to the black genocide.

Keywords: Structural racism. Brazil. Power. Violence.

1 INTRODUÇÃO

Diante das transformações ocorridas à época do comércio de especiarias entre os continentes, especificamente o final do século XV, houve a necessidade do uso de uma mão de obra para que atuasse como suporte dessa questão. Sendo assim, a partir de um processo de escravização e práticas colonialistas, o Brasil figura como um dos principais países latino-americanos a receberem pessoas de origem africana para atuarem dentro desse contexto.

Sob essa perspectiva, a elite brasileira da época interessada em manter essas pessoas dentro dessa condição, utilizou-se de diversos artifícios para que fosse mantida

esse *status*, tais práticas consistiram desde o uso de leis, o surgimento de instituições responsáveis por vigiar a presença do negro dentro da sociedade e até mesmo o discurso científico.

Nesse sentido, a sociedade brasileira desde sua gênese enquanto colônia de Portugal é moldada a combater o negro, sendo levada a acreditar que pelo fato de ter uma determinada cor de pele, constitui um perigo iminente que pode a qualquer momento agir de modo a prejudicar os demais membros da sociedade, denotando assim que ele possui uma presunção absoluta a partir do seu uso por aqueles que estão inserido nesse contexto, legitimando até mesmo a criação de uma justiça paralela.

Não obstante, os demais instrumentos citados anteriormente também possuem uma forte contribuição para a resignação do negro dentro do contexto social do Brasil Colônia, onde os três atuam em conjunto para o reforço dessa questão. A partir disso, a estruturação da sociedade brasileira em torno dessa questão, isto é, o seu desenvolvimento ao longo do tempo pautado nisso interfere diretamente na existência desse determinado grupo social e atualmente, resulta numa ineficácia do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, diante de uma análise específica em relação a edição de leis que contribuem cada vez cada vez mais para a eliminação do negro da sociedade brasileira contemporânea, um dos principais instrumentos normativos que atualmente se mostram responsáveis por essa questão, especificamente a lei 11.343/2006 que institui a política de combate às drogas no país, amplamente criticada pela doutrina especializada possui em sua estruturação lacunas que ensejam seu uso para tal fim, constituindo também um forte instrumento para a prática de necropolítica.

2 CULTURA PUNITIVISTA: IGUALDADE PARA QUEM?

De acordo com Alencastro (2000, p. 30–31) é necessário pontuar que o tráfico negreiro sob a perspectiva brasileira surge da necessidade de Portugal, que nesse momento ocupava o posto de colonizador do território brasileiro, de explorar as jazidas de pedras preciosas presentes na África para manter a relação comercial com o Oriente e em um segundo momento, o comércio escravagista constitui para o Império Lusitano, uma forma de fonte de receita para o tesouro local.

No entendimento de Gorender (2011, p. 84), o sistema de relação de exploração escravista implementado no Brasil por Portugal enquanto colonizador representa uma condensação do feudalismo, que nesse momento, estava em declínio, além do que, os portugueses deram continuidade do sistema de produção indígena que existia, de modo que implementaram uma inovação em solo brasileiro, denominado de escravismo colonial.

Corroborando para tal afirmação, Sampaio (2019, p. 22) aduz que a colonização gerou um choque entre dois modos distintos de organização social, em primeiro lugar, a indígena em sua relação particular com o ambiente a qual estavam situados e o mercantilismo europeu. Ainda assim, como consequência da implementação do sistema colonial, isto é, da exploração da mão de obra do negro escravo, de acordo com Femenick (2003) a figura do negro começa a representar uma opção barata para a agricultura e os serviços domésticos. Todavia, não bastando o tratamento degradante que o negro era submetido, tendo como início a retirada forçada de seu território de origem, ainda existia o fato de serem discriminados socialmente, sendo condenados a uma vida miserável.

Conforme lição de Silva e Santos (2013, p. 318), com o advento da transição para a República, o Brasil é fortemente influenciado por teorias baseadas no eugenismo advindo da Europa, sendo responsáveis por estimular cada vez mais o discurso de inferioridade racial. Desse modo, foram utilizados como meio para tal, algumas hipóteses científicas que eram ditadas por estudiosos. Sendo o processo citado anteriormente responsável por inaugurar essa distinção pejorativa, nos ensinamentos de com Gobineau citado por Duarte (2017, p. 31), o ideal de raça surgiu como uma justificativa para a superioridade europeia em detrimento dos povos americanos e africanos.

Acerca do contexto estabelecido acima, é possível observar que o discurso científico constituiu-se um importante aliado da elite brasileira como meio de justificar ainda mais a dominação exercida sob o negro no início da formação brasileira enquanto sociedade, discorrendo sobre essa questão, isto é, do poder do discurso científico Almeida (2019, p. 70), aduz que o discurso produzido pelo ramo científico possui uma presunção muito forte de veracidade, ao passo de só quem está inserido nesse contexto consegue contestar, justamente por conta da autoridade no discurso proferido.

Nesse sentido, destaca-se o papel exercido pelo médico Nina Rodrigues nessa questão do uso do discurso científico como um fator excludente e incriminador no contexto estabelecido, de acordo com Duarte (2017, p. 66), o discurso proferido por ele consistia num constante alerta sobre o negro como um criminoso em potencial por conta de sua cor de pele, ainda assim, continua o autor que tal afirmação estava atrelada justamente para justificar o controle delitivo, como também para que pudesse ser adequado as relações de poder existentes à época.

Ademais, é possível comprovar a partir das questões levantadas anteriormente, que de fato havia o uso da ciência para legitimar o discurso racista proferido pela elite brasileira, ao passo que, além dessa projeção no imaginário social de que o negro é uma figura criminosa iminente, a própria divisão dos seres humanos em raças também é uma construção científica para esse fim, nesse sentido, Guimarães (1999, p. 11) corrobora no tocante a verificação de que isso decorre de um ideal eugenista, estabelecendo que raça não possui nenhuma naturalidade, mas uma forma de classificação social a partir da separação dos grupos sociais existentes.

Não obstante, sob a ótica da Criminologia Positiva, é possível também perceber a influência da teoria proposta por Cesare Lombroso, chamada de “Teoria do Criminoso Nato”³ na teoria científica estabelecida por Nina Rodrigues. Segundo Penteado Filho (2019, p. 37), houve o estabelecimento de certas características que diferenciariam o criminoso do homem médio, onde o criminoso, possuiria características físicas próprias, por exemplo, cara larga e chata, grandes maçãs no rosto e canhotismo, gerando uma predisposição para o cometimento de crimes. A influência anteriormente citada reside no fato de que é imputado ao negro justamente esse ideal, mas ao contrário da concepção lombrosiana de criminoso nato, não há aqui características físicas, mas sim, a cor da pele como fator determinante para o cometimento de crimes.

A partir da compreensão do que fora elencado anteriormente, é perceptível o fato de que o fenômeno do encarceramento negro possui como gênese a segregação oriunda do regime escravagista ocorrido no início da formação do Brasil enquanto sociedade. Tal sistema punitivo advém da resposta dada ao sistema que estavam submetidos os escravos e os índios sob a forma de revoltas que tinham o objetivo de

³ Baratta (2011, p. 38 – 39) explica que a teoria do autor surge a partir de uma indispensabilidade de caracterização que contrapusesse o abstracionismo da Escola Criminológica Clássica. Nesse sentido, a Escola Positiva, tendo em seu seio a Criminologia Positiva, por intermédio de Lombroso, estabelece um rígido determinismo biológico que justificasse o cometimento de crimes.

insurreição por parte destes, visando a libertação da relação de submissão. Conforme lição de Moura citado por Sampaio (2019, p. 27), concomitantemente, em resposta a isso, o Estado cria mecanismos de repressão capazes de manter o equilíbrio social, ou seja, a relação entre escravos e seus senhores,

Nesse sentido, a autora corroborando ao pensamento do autor, estabelece que esse mecanismo de repressão estatal dá origem ao sistema penal no Brasil Colonial, responsável por colocar em xeque a posição do negro quando tentasse romper com o fluxo de servidão forçada. De acordo com Sampaio (2019, p. 31 – 34), em consonância a isso, exemplos claros dessa situação podem ser observados, por exemplo, com o Código Criminal do Império de 1830 com a tipificação do crime de insurreição e a lei nº 04 de 1835, que punia os escravos que intentassem contra seus senhores de qualquer forma, entre outros atos normativos que surgiram posteriormente.

Concordando com esse entendimento, é mister destacar o que Flauzina (2006, p. 55), ao valer-se da categorização elaborada por Nilo Batista das quatro fases dos sistemas penais no Brasil. Em relação ao Código Criminal Imperial de 1830, dentro da referida classificação, há uma correspondência ao sistema colonial-mercantilista. Nesse sentido, a autora ensina que o texto normativo em questão é responsável por dar impulso a um início de edições de leis ao longo do território brasileiro, de modo a dirimir a dignidade do negro enquanto escravo. Substanciado no fato, segundo a autora, de que o referido Código possui em sua essência o projeto elitista de estar o tempo todo observando o negro, justamente para garantir que sempre fosse resignado a condição de escravo, não permitindo que evoluísse socialmente mesmo após ser liberto.

Ainda assim, Flauzina (2006, p. 56) dando continuidade a essa questão, estabelece que há nesse interim uma transferência do controle das relações escravistas partindo da perspectiva do micro para o macro, especificamente, uma transição das relações estabelecidas entre particulares para o controle exercido pelo público, sendo um dos fatores para a ocorrência desse fenômeno as grandes proporções que transformaram o contexto social do Rio de Janeiro à época.

Desse modo, tem-se aqui um dos primeiros indícios de que no Brasil a edição de leis é usada de modo a servir para a manutenção de interesses da classe dominante, especificamente, como visto nos exemplos citados, no Brasil Colônia, foram usadas de modo a garantir o interesse da elite em resignar a servidão do negro, por intermédio da escravidão, consistindo assim, num ditado de regras e comportamentos emitidos por

parte da classe dominante em detrimento da classe dominada, de modo que como visto, o sistema criminal implementado é responsável pelo início da desvirtuação do negro em sociedade, conforme lição de Batista (1996):

A escravatura negra no Brasil, que perdurou até 1888, instalou um sistema penal carniceiro e cruel, que articulava o direito penal público a um direito penal privado- doméstico. Essa articulação tanto se passava ao nível informal da cumplicidade das agências do estado imperial-escravocrata, pela omissão e pelo encobrimento dos homicídios, mutilações e torturas que vitimizavam os negros nas charqueadas do sul, na cafeicultura do leste ou nos engenhos de cana do nordeste, quanto se passava ao nível formal, seja pela execução por um agente público de uma “pena” doméstica, como a palmatória (execução prevista em tantas posturas municipais), seja pela vigilância patronal à execução de uma pena pública corporal (o escravo posto a ferros por certo prazo era entregue ao seu senhor), prevista no próprio Código Criminal.

Sendo assim, a partir do ensinamento de Pastana (2007, p. 30–31) o fenômeno inicia-se a partir da insegurança presente na sociedade. Dessa forma, possui uma aproximação com a violência criminal, e a partir disso, o fortalecimento da cultura do medo ganha mais espaço, por um descontrole estatal em efetivar uma política de segurança pública eficaz.

Ainda assim, continua a autora, a arbitrariedade e o autoritarismo são vistos como respostas necessárias e aliados ao arranjo capitalista, ou seja, o alvoroço social em cima dessas questões enseja uma constante busca por segurança, resultando num controle penal. Dessa forma, enxerga-se que em parte o estado punitivo justamente sob a perspectiva ampla, citada anteriormente, surge de uma resposta a uma insegurança perpetrada no seio social, resultando num emprego de meios de repressão rigorosos.

Como consequência disso, a parte carente da população de uma determinada sociedade frente a um contexto de surgimento de político-liberal combinado com a dificuldade de garantia de acesso de forma igualitária a direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição de 1988⁴, a partir da carência dessas questões, direciona-se esses esforços de repressão máxima de maneira única para esse segmento, que historicamente, como demonstrado anteriormente, são alvo de marginalização social.

Nesse sentido, observando essa questão sob a perspectiva de unicidade do Estado Brasileiro, é possível constatar que ele possui vertentes que ajudam a constatar que está imbuído de racismo estrutural, observa-se justamente que o projeto para a

⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

marginalização do negro encontra em políticas e modos de agir estatais uma legitimação para o seu prosseguimento, tendo como agente ativo as instituições, especificamente, nos que são responsáveis pela pacificação social.

Não obstante, Borges (2019, p. 57) dando robustez a essa questão, constata que esse projeto de amedrontamento social no que diz respeito a figura do negro, parte justamente de políticas estatais, a partir do uso do racismo como uma ideologia, estando desde presente desde sua formação como estado e corrobora para o que fora citado anteriormente no que diz respeito à exigência de punições severas exigidas pela sociedade e no que diz respeito a questão do amedrontamento, a seguir:

O Estado no Brasil é o que formula, corrobora e aplica um discurso e políticas de que negros são indivíduos pelos quais deve se nutrir o medo e, portanto, sujeitos à repressão. A sociedade, imbuída de medo por esse discurso e pano de fundo ideológico, corrobora e incentiva a violência, a tortura, as prisões e o genocídio.

Todavia, ainda sob essa perspectiva de punitivismo como uma resposta ao clamor social, a autora ensina que surge como uma resposta aos altos índices de cometimento de crimes em uma sociedade, explica que (2019, p. 86) a justiça criminal já nasce com um propósito e com um alvo a ser combatido, aduzindo ainda que a sociedade diante dessa exigência é levada a acreditar que realmente há uma garantia de segurança, porém, ao contrário disso, é instaurada uma política de vigilância e repressão contra o grupo social específico, a saber, os negros.

Sendo assim, constata-se o fato de que o Brasil ao longo do tempo não encerrou a perseguição e conseqüentemente a marginalização da figura do negro perante a sociedade brasileira, ao contrário, continuou de forma sutil, pelo fato de que o comando normativo expresso não existe mais como perdurou até o Código Penal de 1940, entretanto, como aponta o conceito de racismo estrutural apresentado no início, o fenômeno corresponde justamente a forma com que se constituem as relações sociais, residindo nessa questão a sutileza apontada.

Mister destacar também que se observa na sociedade sobre essa questão do punitivismo seletivo, a dualidade entre os denominados crimes de colarinho branco e os crimes de colarinho azul, nesse caso, como tal fenômeno ocorre de forma exacerbada, com o fim de imputar para a parcela marginalizada da sociedade, especificamente os

negros a responsabilização total pelo cometimento dos crimes, enquanto trata com impunidade os crimes cometidos pela classe social mais elevada.

Sobre o tema, Guimarães (2017) aduz que os criminosos que gozam de certo prestígio social, não são taxados de criminosos ou sofrem com a estigmatização midiática ou social, justamente pela posição que ocupam na sociedade, em contrapartida, ainda de acordo com o autor, os criminosos que pertencem às classes baixas, sofrem com o cometimento do delito tanto na sociedade quanto no próprio sistema prisional, ficando marcado pelo estereótipo imputado, implicando, por exemplo, em conseguir um meio de sobrevivência. Ademais, de acordo com Zaffaroni (2001, p. 130), “estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes, como principalmente a delinquência de colarinho branco.”

Não obstante, Castro (1983, p. 127) ao explicar a forma com que o indivíduo passa a figurar dentro do seio social após sofrer com a estigmatização, especificamente, aqueles que cometem crimes que se enquadram dentro da categoria de crimes do colarinho azul, estabelece que a o reforço da dominação que preexiste na sociedade, segundo a autora, ocorre de forma sucessiva, obedecendo uma ordem de ocorrência, a seguir:

(1) utilizado para dirigir a agressividade das classes sociais mais baixas contra o ser estereotipado, ao invés de ser utilizada, como seria de se esperar, contra o poder dominante e, ao reverso, (2) permite às classes média e alta descarregar simbolicamente as suas culpas sobre esse grupo bem definido de criminosos de classe baixa, de vez que derivam para eles a sua hostilidade contra a classe proletária. Em suma, a existência do estereótipo reduz a tensão social existente nas relações interclasses e possibilita o exercício de dominação social já retratado.

Destarte, é possível a compreensão do fato de que o fenômeno do punitivismo na sociedade brasileira traduzido sob a diferença de tratamento concedido entre aqueles que praticam os crimes enquadrados na categoria de colarinho branco em detrimento dos que praticam crimes que estão descritos como crimes de colarinho azul, denota a forma do tratamento concedido ao negro, pela ocorrência mais incisiva na parcela marginalizada da sociedade.

Nesse sentido, trazendo a ocorrência do fenômeno em comento para a perspectiva da figura do negro na sociedade brasileira, é possível apreender que há aqui a mesma vontade das classes dominantes presente na elaboração de leis que visam a

punição do negro, como estabelecido em capítulo anterior, sendo que, quando ocorre na acentuação do estabelecimento de sanções, a vontade reside em escolher quem vai figurar como causador da insegurança social.

Diante dessas questões suscitadas, é constatável o fato de que o Estado ao alimentar tal espécie de perseguição sob o pretexto de garantia da ordem pública, por intermédio de políticas de segurança, a partir do falseamento da noção de que está combatendo os altos índices de criminalidade que assolam a sociedade de uma maneira geral, quando na verdade, está dando prosseguimento ao projeto de genocídio negro revela a forma com que lida a figura do negro, nesse caso, colocando-o sempre em posição de criminoso e alguém a ser temido.

Nesse sentido, a realidade brasileira de perseguição leva à dois caminhos, seja o da violência policial ou o do aprisionamento em massa, tendo como consequência o recorde brasileiro nesse último quesito, como dados levantados no 14º Anuário de Segurança Pública, divulgado no ano de 2020, que apontou que atualmente a população carcerária brasileira em 2019 era de 755.274 pessoas. Além disso, apontou o documento que houve um aumento entre os anos de 2005 e 2019 a população negra nos estabelecimentos aumentaram de 58,4% para 66,7%, enquanto no mesmo período a presença de indivíduos brancos diminuiu de 39,8% para 32,3%.

Outrossim, os números citados refletem o ensinamento de Foucault (1987, pág. 260), que ao explicar sobre os surgimentos dos estabelecimentos prisionais, ao explicitar que tais lugares surgem a partir de uma forma de punição exercida aparentemente para aqueles que estão condições de igualdade em uma determinada sociedade e quando há uma transgressão de conduta, uma justiça que aparentemente age com igualdade, aplica penas assimétricas a partir de um processo de dominação.

Não obstante, na lição empreendida por Santos e Barros (2020, p. 306), a população do sistema prisional brasileiro possui verossimilhança com ao das vítimas de homicídio, as autoras citam que o perfil corresponde geralmente a homens negros, jovens e com um nível de formação baixo. Por conseguinte, é possível relacionar essa questão com o projeto em curso de genocídio da população negra não está restrito apenas a violência policial, mas também possui a vertente do encarceramento em massa.

Ainda assim, as autoras estabelecem que tal questão encontra corroboração no sentido de que há uma forte desigualdade no sistema prisional brasileiro, não sendo

revelada apenas por números, mas por um tratamento severo conferido a essa parte da população, tendo como fator precípua para essa questão o contraste social.

É perceptível a constatação de tal situação por intermédio do fato de que indivíduos da cor negra ainda são a maioria da população carcerária brasileira, como apontam os dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) em 2016, segundo o órgão, nesse ano 65% da população carcerária é composta por negros e pardos. Além disso, continuam Santos e Barros (2020, p. 307) que no tocante ao fator do encarceramento em massa, ano após ano, a população carcerária brasileira vem se tornando cada vez mais homogênea, isto é, cada vez mais está se prendendo mais negros em detrimento de brancos, revelando o projeto citado anteriormente, como mostram os dados citados.

Em decorrência da questão atuante no aspecto punitivista, isto é, o falseamento da noção de que há um perigo na segurança pública que precisa ser combatido de forma extrema, sobretudo direcionado a população negra da sociedade brasileira, há o fato de que tanto os presos provisórios quanto os que estão cumprindo pena definitiva acabam por ocupar o mesmo espaço dentro do mesmo estabelecimento prisional, não havendo nesse caso a distinção entre quem está preso sob a modalidade específica nem que já está cumprindo a pena definitiva, causando um verdadeiro desregramento nos referidos estabelecimentos.

Sobre essa questão específica, o encarceramento em massa que atinge de forma incisiva a população negra, de acordo com o ministro da Suprema Corte Argentina e jurista, Eugenio Raúl Zaffaroni, em entrevista concedida à Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio da Fundação Oswaldo Cruz, “[...] Cada país tem o número de presos que decide politicamente ter [...]”, o referido comentário é importante pelo fato de que reforça a lição apreendida anteriormente no que diz respeito a estruturação do racismo na sociedade brasileira, constatando-se a partir da construção dessa noção que o Estado Brasileiro constrói sua população carcerária com base no viés racista empregado, ao apontar que os negros são criminosos em potencial e usa do encarceramento como justificativa para a prática racista.

Além do encarceramento em massa, a cultura punitivista brasileira também é consagrada a partir da ocorrência do genocídio negro ocorrido na sociedade, causando perpetuação do comportamento racista por parte das instituições que surgiram no Império com o objetivo de impedir as revoltas praticadas pelos escravos e que com o

passar do tempo aperfeiçoaram-se nas instituições de segurança pública que existem atualmente. Ademais, contemporaneamente no Brasil, dois indicadores podem ser apontados como indicadores do reflexo da atuação racista dos agentes policiais, são eles: os que foram mortos em ações policiais de maneira intencional e a quantidade de negros presos injustamente. nas palavras de Sampaio (2019, p. 62):

A política criminal no Brasil, bem como a construção do sistema de segurança pública, é influenciada por uma lógica de prevenção de riscos e de manutenção da ordem, fato que representa um aumento da insegurança, ao invés de garantir a proteção, pois opera a partir de uma lógica de aparato criado para a punição de um setor da sociedade. Este, na lógica estabelecida pelo racismo estrutural, produz risco à ordem, por não se encaixar nos padrões dos grupos sociais que estão no poder. Diante disso, o Direito Penal, que deveria ser utilizado como *ultima ratio*, acaba convertido em *sola ratio* quando se trata da população negra.

A partir disso, apreende-se que os agentes agem orientados a seguirem o viés racista presente na instituição e na sociedade e desse modo, contribuem para a manutenção da rigidez social, de modo que os negros enquanto seres sociais possuem dois destinos traçados, seja para sofrerem com a violência policial ou para serem encarcerados de forma massiva, corroborando com isso Sampaio (2019, p. 69) afirma:

[...] Baseada em uma lógica que opera para a manutenção as estruturas sociais e da prevenção dos riscos à política de criminalização da população negra, produz-se uma sociedade estruturalmente racista, causando a sistemática criminalização e exclusão dos negros e negras no país.

É perceptível essa questão ao observar os dados divulgados no 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública no ano de 2019, mostraram que a cada 100 mortes provocadas pela violência policial, 11 foram provocadas de forma intencional, totalizando 6.220 vítimas, onde 75,4% das pessoas são negras. Ainda assim, no tocante a questão específica das mortes provocadas pelas ações policiais, embora esteja comprovada por intermédio dos dados citados o papel da polícia no que diz respeito ao genocídio negro no Brasil, há a questão dos dados do Atlas da Violência divulgado em 2019, em comparação ao ano de 2015, os homicídios cometidos contra jovens negros a cada 100 mil habitantes corresponderam a um percentual de 37,9%, em 2017 houve um aumento para 43,2%.

Dentro dessa perspectiva, Santos citado por Sampaio (2019, pág. 70 – 71) explicita de maneira clara que os estudiosos da área, isto é, aqueles que observam a

maneira com que as instituições responsáveis pela efetivação de medidas capazes de conter a criminalidade, são uníssonos no que diz respeito ao tratamento de maneira desigual, com mais dureza aqueles que estão expostos a uma situação de vulnerabilidade.

Corroborando a isso, Flauzina (2006, pág. 24) explica que o funcionamento dessas instituições é pensado justamente para atingir a parcela populacional, de modo que, se a criminalidade fosse combatida de fato em um contexto amplo socialmente, todas as condutas e todas as pessoas que vivem em sociedade seriam em algum momento de suas vidas criminalizadas, a seguir:

Nessa perspectiva, podemos inferir que o sistema penal não foi concebido para atingir a todos os delitos e delinqüentes, sob o risco de decretar sua própria falência. Trata-se de uma estrutura vocacionada para atingir os crimes relacionados aos setores socialmente mais vulneráveis, conforme explica Zaffaroni: A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizada.

Desse modo, com um sistema pensado e atuante de modo incisivo a perseguir a parcela negra da sociedade, tem-se um viés hodierno no Brasil de um sistema inquisitorial moderno. De acordo com Lima (2020, pág. 42 – 43) podem ser observadas como características do sistema em questão, por exemplo, ausência de garantias processuais e por mais que o sistema trabalhe de modo a descobrir a verdade material dos fatos, sendo possível a amplitude dos fatos probatórios, ainda assim, o sujeito está submetido a torturas em nome justamente dessa busca, sendo ainda de natureza secreta.

Ainda numa análise do que ocorre no Brasil atualmente e o sistema inquisitorial, a figura do juiz que no sistema em questão ocupa todos os polos ativos da relação, isto é, age como juiz e acusador ao mesmo tempo, ainda de acordo com o autor. Entretanto, sob o aspecto brasileiro, o policial que atualmente toma o lugar do juiz nessa questão, pois ao perceber a presença de um indivíduo da cor negra na sociedade, o condena usando apenas como fator determinante sua cor de pele.

3 A QUESTÃO ESPECÍFICA DO USO DA LEI 11.343/2006 COMO INSTRUMENTO DA NECROPOLÍTICA

Diante da constatação de que o surgimento do fenômeno da necropolítica como prática estatal, constituindo-se como uma forma de política prejudicial a uma sociedade e ao mesmo tempo mostra a verdadeira intenção de um estado que tem como objetivo a prática do genocídio contra seus cidadãos. Almeida (2019, p. 114 – 115) inicia a discussão a respeito do fenômeno a partir da teoria do Biopoder de Foucault, de modo que, em determinado ponto de formação de um determinado Estado sem que o racismo se manifeste, passando a fazer parte de seu cerne.

Por conseguinte, a partir dessa compreensão, tem-se explicitamente a interligação do fenômeno com o Estado, pois para que ele exista é necessário justamente que ocorra essa junção com o aparelho estatal. Nesse sentido, o autor continua a discussão estabelecendo que para o sociólogo, o racismo necessariamente consiste em uma tecnologia de poder, isto é, como uma forma de exercer o controle por quem domina o poder, ou seja, quem está por trás de um governo.

Sob essa perspectiva, reitera-se o que foi citado anteriormente, no sentido de que o racismo quando se insere em uma sociedade como forma de controle social e com o objetivo de marginalizar uma determinada parcela da população, surge necessariamente como uma vontade estatal, que utiliza dos meios que possui para exercer o controle descrito.

Em consonância a isso, Wolkmer citado por Araújo e Santos (2019), explica que o ordenamento jurídico brasileiro na sua concepção e evolução detinha de duas políticas, a primeira diz respeito ao Direito do Estado propriamente dito com leis que visassem a organização social e por outro lado, o Direito não-estatal direcionado justamente para os que eram excluídos da vida social.

Além disso, ainda sob esse paralelo traçado entre o início do Brasil enquanto Estado em relação ao desenrolar da política de vida e morte até o momento contemporâneo em que é perceptível a continuidade dessa questão, Vilela (2018, pág. 2031), deixa explícita a relação entre a forma que o genocídio negro se manifesta como necropolítica, a seguir:

A experiência de morte brasileira se aproxima da noção de necropoder de Achille Mbembe quando se analisa o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Assassinatos de Jovens, que foi aprovado pelo Senado Federal em 2016 (BRASIL 2016). Por meio da realização de audiências públicas, em

diversas cidades do país, e pela coleta de informações com o Poder Público, organizações da sociedade civil e familiares das vítimas, o relatório afirma a existência de genocídio da juventude negra no Brasil, realizado pela ação ou omissão do Estado Brasileiro

Destarte, de acordo com o precursor da referida teoria, Mbembe (2020, p. 05) a partir de uma observação da soberania de um determinado estado, estabelece que uma das maiores demonstrações dessa questão consiste na questão de determinar de quem deve viver e quem deve morrer, exercendo um controle sobre a mortalidade, demonstrando que sua soberania irradia até mesmo nesse aspecto.

Nesse sentido, Sampaio (2019, p. 102 – 103), a partir do estudo do fenômeno sob a perspectiva brasileira, afirma que o Estado numa manifesta intenção de dismantelar a população negra, seja no seu conjunto ou em pequenas partes, ou seja, a partir da instituição do racismo estrutural como parte de sua política, aqui compreendo todas as suas ramificações, automaticamente o torna imbuído na necropolítica.

Não obstante, Mbembe (2017, p. 48) numa análise das guerras instauradas nas sociedades que foram colonizadas, explicita que há a presença de um inimigo natural, nesse caso, o índio, esteja ele portando armas ou não, será o inimigo natural da colônia, que deve ser enfrentado, além disso (p. 49), que a partir do cometimento de atos de opressão, aduz o autor que havia a crença de que a vida possuía esse destino, isto é, havia a presença de uma naturalização dessas relações, que consistiam no genocídio do nativo.

Sendo assim, numa interpretação expansiva dos ensinamentos trazidos pelo autor, é possível apreender o fato de que, no mesmo contexto, o negro também figurou como vítima dessa naturalização das relações de morte, onde tanto ele quanto o índio sofreram com a opressão causada pela dominação de Portugal, no caso específico do Brasil. Há aqui uma expressa política de caça empregada contra os que fazem parte desse grupo populacional e com o decorrer do tempo, houve a naturalização dessas práticas, que com o passar do tempo corroboraram para a estruturação do racismo no seio da sociedade brasileira, desaguando no aperfeiçoamento da prática de racismo estrutural.

Nesse sentido, de acordo com Almeida (2019, p. 47) ao explicar que o racismo estrutural é o preponderante na sociedade brasileira, aduz que por mais que se verifique

a ocorrência do fenômeno sob sua concepção individual e institucional⁵, discorre que tais manifestações decorrem justamente da estruturação social decorrente dessa prática reiterada ao longo do tempo. Em consonância a essa questão, o autor define o racismo estrutural como (2019, p. 50): “[...] uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo social.”

Atualmente, parte dos estudiosos do fenômeno do encarceramento negro em massa se debruçam sob vários fatores que abrem margem para o Estado atuar dessa forma, um dos que mais se destacam é a política de combate às drogas instituído por intermédio da Lei nº 11.343 de 2006 que segundo Braga (2017, p. 09), a partir de um objetivo de instituir normas severas com o escopo de reprimir de forma severa a prática de venda de drogas, nesse caso, o tráfico, e para os usuários instituir políticas que auxiliem no tratamento contra o vício.

Continua a autora (2017, p. 09–10) que a partir dessa questão o impacto causado pela referida lei no sistema carcerário brasileiro nesse contexto de repressão severa às drogas consiste numa exclusão de parte da sociedade, além da inclusão no sistema prisional propriamente dito. Além disso, sob a perspectiva da seletividade penal citada, é perceptível que a referida política não atinge todos os setores sociais, como dito anteriormente quando ela se referiu a exclusão social, escolhendo dessa forma quem deve ir para a prisão, nesse sentido a autora estabelece (p. 17):

Nesta perspectiva, são jovens pobres, negros, moradores da periferia dos centros urbanos, com baixa educação formal, excluídos do mercado de trabalho, ou que possuem trabalho informal, os quais são escolhidos pelo sistema penal brasileiro para serem encarcerados pelo delito de tráfico de drogas. Sendo este o pensamento do modelo da política belicista de combate às drogas, punir aqueles que não estão de acordo com os padrões do mundo globalizado.

Não obstante, há a partir da leitura do trecho trazido acima, é possível perceber o viés do racismo estrutural não só no que diz respeito a política de encarceramento em massa, a partir da compreensão do fato de que a partir do momento em que não há uma oportunização da parcela marginalizada da sociedade atuar no mercado de trabalho e antes mesmo disso, no acesso a uma educação de qualidade, o mundo das drogas,

⁵ Explica o autor (2019, pág. 36 – 40) que a concepção individual decorre de uma condição anômala a um indivíduo, ao passo que condiz mais a um preconceito manifestado por uma ou várias pessoas, não consistindo de fato num fenômeno político, em relação a concepção institucional, aduz que se traduz como uma dinâmica das instituições que por sua vez, são controladas por determinados grupos raciais e estes impõem seus interesses políticos ou econômicos por intermédio de procedimentos institucionais.

especificamente do tráfico, mostra-se como uma oportunidade de sustento justamente por conta da falta de qualificação.

Além disso, outra problemática advinda da aplicação da política de combate às drogas é o tratamento concedido aos usuários de drogas quando são pegos com pequenas quantidades, o artigo 28 e incisos I, II e III da referida lei⁶, segundo lição empreendida por Capez (2019, p. 730) não consiste numa repressão penal ao vício, mas sob uma perspectiva da saúde pública, apenas o perigo social causado pelo porte ilegal da substância tóxica. Desse modo, a partir da leitura do entendimento emitido pelo doutrinador e do artigo e dos respectivos incisos do texto legal, é perceptível o fato de que o fato de portar pequenas quantidades de entorpecentes não constituem uma ofensa passível de aplicação de pena privativa de liberdade, exceto, se a quantidade encontrada caracterizar tráfico de drogas.

Em consonância a isso, Valois (2020, p. 425–426) estabelece que o fato de haver no *caput* do artigo 33, além da generalização da definição do crime e a simples posse em desacordo com o que designa a lei, reflete o uso do direito penal como medida de polícia, ou seja, como instrumento para afastar a proteção conferida pelo ramo do direito em questão como meio de proteção ao poder punitivo do Estado. Nesse sentido, continua o autor enfatizando o problema nessa questão ao observar que há uma infração ao princípio da legalidade⁷ sob o aspecto da falta de clareza, inclusive, há uma crítica por parte dele ao fato da doutrina estabelecer a natureza do crime como de ação múltipla, justamente por essa questão.

Numa análise acerca do dispositivo legal em comento, Gomes et al. (2006, p. 161–162), estabelece que no Brasil houve a adoção do sistema judicial ou policial para diferenciar o uso pessoal descrito no artigo em questão da conduta estabelecida no artigo 33 da mesma lei⁸, isto é, o tráfico de drogas propriamente dito, onde cabe tanto ao magistrado quanto ao agente a partir de uma análise realizada no caso concreto

⁶ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. [...]

⁷ Princípio insculpido no artigo 1º do Código Penal de 1940 ao determinar que: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Em relação ao estabelecido no texto, é perceptível que o artigo 33 da lei 11.343/2006 fere o referido princípio ao estabelecer diversas condutas como tráfico de drogas, não fazendo com que haja uma firmeza, abrindo margem para diversas condutas.

⁸ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]

estabelecer se o usuário estava com a droga apreendida para consumo próprio ou realizava a venda do entorpecente, a seguir:

[...]

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: [...] (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante.

Ainda de acordo com o ensinamento de Valois (2020, p. 424), o legislador pátrio se inspirou no modelo instaurado no ordenamento norte-americano, que em busca da efetividade máxima da política de guerra às drogas cria um crime de fácil apuração e condenação e para que tal objetivo seja atingido, relativiza a comprovação de que havia uma intenção, nesse caso, o dolo, de praticar a conduta, como amplia as condutas que se enquadram, como citado anteriormente. O entendimento em questão consubstancia o que fora exposto em relação ao poder conferido ao juiz e ao policial de determinar o que é posse e o que é tráfico, inclusive, Valois se une a essa questão ao comprovar que de fato há uma facilitação da atividade policial no tocante a isso.

Acontece que, diante do contexto estabelecido de que o encarceramento em massa é dirigido de maneira direta à população negra, é possível afirmar que majoritariamente nos casos ocorridos em contexto de apreensão de pessoas com drogas, especificamente os negros, haverá a caracterização do crime tipificado no artigo 33, ou seja, o crime de tráfico de drogas. Decorrendo tal questão justamente da abertura concedida pelo legislador no tocante a edição dos verbos que tipificam a conduta estabelecida no referido artigo e da falta de efetivação no tocante a demonstração do dolo da conduta empregada, como citado anteriormente.

Nesse sentido, Domenici e Barcelos (2019) ao tratarem sobre a questão, citam dados colhidos do Tribunal de Justiça de São Paulo no tocante a condenações por tráfico de drogas por posse de maconha em 2017, os autores explanam que enquanto 71,35% dos negros apreendidos com uma média de 145,2 gramas foram condenados pelo crime, 64,36% dos brancos foram condenados por portarem uma média de 1,15 quilos.

Não obstante, como demonstrado, quando se trata da parcela negra da população, sobretudo a marginalizada, que não possui condições de ascender socialmente, ocupando os espaços delimitados dentro da estrutura social a lei não é

aplicada da maneira correta, nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (2011) a partir da realização de um estudo, constatou o perfil das pessoas que eram processadas criminalmente por tráfico de drogas, onde ficou demonstrado que quando havia o enquadramento no perfil pobre/negro havia a presunção absoluta de que se enquadrava dentro da descrição, a seguir:

Coube à UNB, em parceria com a UFRJ, por meio de especialistas, verificar quem, como e quando era processado por tráfico de drogas. A constatação final foi a seguinte: (i) pobres eram mais condenados do que ricos e suas penas eram mais altas; (ii) negros estavam mais representados do que brancos no cometimento de crimes de tráfico pelo principal fato de serem negros; (iii) a discriminação social era permanente na esfera da Justiça desses Estados (algo que ocorre em todo o Brasil). Quem era pobre/negro era visto como traficante. Quem era branco de classe média era visto como usuário. Assim a rotulação individual acabava produzindo criminosos, conforme as representações sociais assim o determinassem. Traficantes não eram traficantes, mas aqueles que pareciam traficantes.

A partir dos fatos e argumentos expostos, é mister demonstrar como essa questão ocorre na prática, sendo assim, elucida-se tal questão por intermédio do caso ocorrido com o jovem Rafael Braga. De acordo com Pina (2018), ele foi preso por estar portando uma pequena quantidade de drogas e dois frascos, um de desinfetante e outro de água sanitária, sob a justificativa de que seria utilizado no protesto contra o aumento da tarifa de ônibus na cidade do Rio de Janeiro, entretanto, de acordo com a autora, foi atestado pelo esquadrão antibomba da Polícia Civil de São Paulo que tais substâncias possuíam capacidade ínfima para funcionarem como explosivo.

Entretanto, como também demonstrado, há dentro do exercício do *jus puniendi* estatal um caráter extremamente seletivo no tocante a forma de quem vai receber a punição e de que forma, isto é, se houver o enquadramento dentro de certas características e o pertencimento a determinada parcela da população, especificamente a marginalizada espacialmente, haverá punições mais severas, mas se pertencer a uma determinada parcela com *status* elevado, há o abrandamento da punição.

Sob essa perspectiva de seletividade penal no que diz respeito ao tratamento diferenciado entre brancos e negros, cita-se o caso de Brendo Fernando, de acordo com Oliveira (2019) preso por portar consigo 130 quilos de maconha, 200 munições de fuzil, além de um mandado de prisão em aberto. Ele é filho de uma desembargadora e à época presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Mato Grosso, ainda de acordo com a autora. Ainda assim, continua ela aduzindo que a partir da concessão de um

Habeas Corpus o jovem deixará de responder pelos crimes imputados e será internado em uma clínica para tratamento de um transtorno mental.

Ainda sobre o caso em comento, de acordo com a autora, o Supremo Tribunal Federal manteve o afastamento imposto pelo Conselho Nacional de Justiça sob suspeita de ter usado sua posição para influenciar a soltura do filho. Nesse sentido, percebe-se o privilégio usado pelo acusado por causa da posição ocupada da sua mãe, inclusive, beneficiado por ações praticadas por ela.

Não obstante, paralelamente ao que ocorreu com Rafael Braga, há a nítida diferença do tratamento empregado, no primeiro caso, pelo fato de o indivíduo ser negro e não gozar de um certo prestígio social foi tratado de forma automática como criminoso, tendo sobre si a imputação automática de traficante e preso sob a suspeita de estar colaborando ao fomento das manifestações, enquanto que, no segundo caso, houve a possibilidade de que o réu fosse atingido de forma mínima a partir do flagrante de drogas.

A partir dessa questão, nota-se explicitamente a dinâmica da seletividade penal que opera na sociedade brasileira a partir da instauração e reprodução do racismo estrutural em seu cerne, nesse sentido, Maglioni (2011) dá robustez a esse fato ao explicar como funciona a dinâmica da seletividade penal, a autora explica que o fenômeno tem início a partir do momento que são positivadas as condutas punidas, quem deverá ser responsabilizado e sobre quem recai o *jus puniendi*, a seguir:

[...] O sistema Penal revela-se potencialmente seletivo tanto no momento em que define as condutas que deverão ser consideradas ilícitas quanto no momento em que escolhe quem deverá ser responsabilizado por praticar essas condutas, bem como quando escolhe sobre quem incidirá a sanção estatal.

Além disso, é possível notar que esses fatos corroboram para a ausência de proporcionalidade nas penas empregadas, mas nesse caso, não a proporcionalidade enquanto princípio do direito penal⁹, que nesse caso diz respeito a uma correspondência entre o crime e a punição, mas a falta de proporção no tratamento empreendido aos dois.

Ainda assim, mister destacar que é possível apreender que casos como esses são responsáveis por individualizar os números dos negros enclausurados de forma

⁹ Cunha (2018, pág. 155) explica que tal princípio decorre de forma implícita do princípio constitucional da individualização da pena, explica o autor que para que haja o cumprimento da sanção penal em sua integralidade, é necessário o ajuste a importância do bem jurídico.

massiva, isto é, a partir de uma observação de que é possível afirmar que muitos desses indivíduos sejam homens ou mulheres negros que estão incluídos nos números apresentados podem ser vítimas da mesma desproporcionalidade do tratamento causado. Desse modo, a relação estabelecida entre o encarceramento em massa da população negra afronta a concepção estabelecida de Estado Democrático de Direito ao suprimir garantias processuais constitucionais, especificamente o direito ao contraditório e a ampla defesa, além de conceder um tratamento diferenciado baseado na cor da pele.

Embora entenda-se que a partir da leitura desses números sob a perspectiva dos crimes que de fato acontecem e aqui exclui-se o recorte racial, pois de fato houve uma lesão ao patrimônio jurídico tutelado, porém, de toda forma, mostra-se preocupante a disparidade entre os percentuais entre negros e brancos, dessa forma, há uma preferência punitiva no que diz respeito a quem deve estar por trás das grades.

Afirma-se isso pelo fato de que se enxerga sob outra perspectiva do que consiste na morte, culminando numa ressignificação do termo, sendo nesse caso, uma morte indireta, pelo fato de que se condena um determinado indivíduo a uma prisão injusta aliado a morosidade do Poder Judiciário, não conseguindo se provar a inocência posteriormente. Sob essa perspectiva, é possível constatar quem a política de guerra às drogas instituída por intermédio da lei 11.343/2006 é usada como um dos principais escopos para perseguir o referido objetivo, isto é, de encarcerar os negros com acusações de tráfico de drogas.

4 CONCLUSÃO

Diante das questões suscitadas, é perceptível a forma que se construiu ao longo do tempo a imagem do negro perante a sociedade brasileira, onde num primeiro momento, foi utilizado como mão-de-obra para que fosse possível o estabelecimento do Brasil no mercado de especiarias e com a modernização da colônia, passou a ser utilizado como instrumento efetivo para o atendimento das demandas escravagistas.

A partir disso, era necessário que nunca ousassem se rebelar contra a sua condição e para que tal resignação perdurasse, o direito à época, traduzido na edição de instrumentos normativos utilizados, onde por detrás havia uma parte da sociedade interessada em que tal condição fosse cumprida. Sendo assim, para que tal fim fosse

atingido eram necessários instrumentos capazes o bastante para manter tal condição, como citado, tais mecanismos consistem no uso de leis, de instituições e do discurso científico.

No decorrer do aperfeiçoamento da sociedade brasileira, perpassando todos os seus momentos históricos, no quesito específico do genocídio negro, destaca-se o fato de que contribuem para o encarceramento em massa quanto as mortes cometidas de forma intencional contra a parcela negra da sociedade. Mister destacar que na questão do encarceramento em massa o uso da política de morte é causada pelo fato das prisões serem baseadas em disparidades ocorridas entre casos semelhantes, dessa forma, há uma ressignificação do que a necropolítica, pois o que para alguns pode significar um aparente erro cometido, para aqueles que sofrem, significa algo equiparado ao ato de ser morto.

Hodiernamente, a insegurança cada vez mais presente na sociedade brasileira, ou de certa forma, o falseamento da ocorrência desse fenômeno, para que assim, o Estado atue combatendo os que aparentemente são seus inimigos, legitima o discurso do encarceramento em massa, ou seja, além do curso do genocídio negro na sociedade brasileira, há também a ocorrência do encarceramento em massa, que também constitui uma manifestação da necropolítica.

Nesse sentido, observa-se também a presença do que fora citado anteriormente na ocorrência do encarceramento em massa, especificamente, em relação da edição de normas que prejudicam o convívio em negro na sociedade, especificamente a Lei 11.343/2006, nesse caso, a partir da existência de uma lacuna no texto legal, utiliza-se como critério de distinção a cor de pele do indivíduo, remetendo nesse caso, ao tratamento desigual citado, além da presunção absoluta concedida a palavra do agente no momento de apontar, por exemplo, a quantidade de drogas apreendida com determinado indivíduo ou desregrando o ordenamento jurídico, contrariando o disposto em textos normativos e orientações jurisprudenciais e prendendo com desproporções.

Outrossim, especificamente, diante dessas questões ocorridas a partir da falha existente na lei 11.343/2006, abre-se espaço para que o Estado Brasileiro e os agentes que atuam operando a sua máquina punitiva ajam de acordo com suas próprias convicções, nesse caso, racistas. De modo que, permite-se que haja uma contradição entre essa situação e o que Dispõe a Constituição Federal de 1988 no tocante ao

estabelecimento do Estado Democrático de Direito, fazendo com que se constitua um Estado genocida, tendo imbuído em seu cerne a prática de necropolítica.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **O Trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul – Séculos XVI e XVII.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. Coleção Feminismos Plurais

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de; SANTOS, Walkyria Chagas da Silva. **Raça como elemento central da política de morte no Brasil: visitando os ensinamentos de Roberto Esposito e Achille Mbembe.** *Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n.4, p. 3024 – 3055, 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Tradução de Juarez Cirino dos Santos.

BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. In: Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ICC, 1996.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. Coleção Feminismos Plurais.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988 - disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 23 out. 2019.

_____. **Código Penal.** decreto lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2020

_____. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRAGA, Gabriela de Matas Soares. **O Impacto Da Nova Lei de Drogas no Sistema Carcerário Brasileiro.** Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/03/gabriela_braga_20172.pdf. Acesso em: 12 nov. 2020.

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de. **13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 07 nov. 2019.

_____. **14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: legislação penal especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CASTRO, Lolita Anyar de. **Criminologia da Reação Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral arts 1º ao 120. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **INFOPEN – Junho de 2016**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, jun. 2016.

DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri. **Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo**. Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

DUARTE, Evandro Piza. Criminologia e Racismo: a construção discursiva da criminologia positiva brasileira e a negação da cidadania no Brasil. In: DUARTE, Evandro Piza; CARVALHO, Salo de. **Criminologia do Preconceito**: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 25-188.

Eugenio Raúl Zaffaroni. [Rio de Janeiro]: Escola Politécnica De Saúde Joaquim Venâncio, 15 jul. 2018. Entrevista concedida a Viviane Tavares.

FEMENICK, Tomislav R. **Os Escravos**: Da escravidão antiga à escravidão moderna. São Paulo: Cernaun, 2003.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987. Tradução de Lúcia Maria Pondé Vassalo.

GOMES, Luiz Flávio (org.) *et al.* **Nova Lei de Drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GORENDER, Jacob. **O Escravismo colonial**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

GUIMARÃES, Rafaelle Jhonathas de Sousa. **Crimes do colarinho branco e azul, você sabe diferenciá-los?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58225/crimes-do-colarinho-branco-e-azul-voce-sabe-diferencia-los>. Acesso em: 10 nov. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (São Paulo). **Editorial - consagração da cultura punitivista**. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/259-220-Marco-2011. Acesso em: 13 nov. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MAGLIONI, Bruna Peluffo. **A seletividade do sistema penal brasileiro**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-seletividade-do-sistema-penal-brasileiro/>. Acesso em: 01 set. 2020.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte**. 7. ed. São Paulo: N-1 Edições, 2020.

_____. **Políticas da Inimizade**. Portugal: Antígona, 2017. Tradução de Marta Lança.

OLIVEIRA, Mariana. **Primeira Turma do STF mantém afastamento de desembargadora suspeita de ajudar filho preso**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/28/primeira-turma-do-stf-mantem-afastamento-de-desembargadora-suspeita-de-ajudar-filho-preso.ghtml>. Acesso em: 14 nov. 2020.

PASTANA, Debora Regina. **Os contornos do Estado Punitivo no Brasil. Perspectivas**, São Paulo, v. 31, p. 29 – 46, jan./jun. 2007.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PINA, Rute. **Símbolo da seletividade penal, caso Rafael Braga completa cinco anos**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/06/20/simbolo-da-seletividade-penal-caso-rafael-braga-completa-cinco-anos/>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SAMPAIO, Tamires Gomes. **Código oculto: política criminal, processo de racialização e obstáculos à cidadania da população negra no Brasil**. 2019. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

SANTOS, Amanda Laysi Pimentel dos; BARROS, Betina Warmiling. **As prisões no Brasil: espaços cada vez mais destinados à população negra do país. espaços cada vez mais destinados à população negra do país**. In: BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de. **14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública** Disponível em:

<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VILELA, Ana Laura Silva. **Violência Colonial e Criminologia**: Um confronto a partir do documentário Concerning Violence. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, p. 2011 – 2040, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

TERCEIRO EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: REFLEXÕES ACERCA DA TIPIIFICAÇÃO DA CONDUTA OMISSIVA

Fernanda Guareschi¹

Fernando Gaburri²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir e definir a responsabilidade de terceiros próximos e suas atitudes omissas em relação às vítimas de violência doméstica e familiar, bem como refletir acerca da necessidade de tipificação dessa conduta omissa, cuja persistente aceitação social contribui para a perpetuação de abusos. Ao longo do texto será proposta a discussão de que a violência doméstica e familiar só é assim chamada por questões culturais ultrapassadas e que prejudicam a sociedade, pois é de fato um problema social e deve ser tratado como tal por todos, o que justifica a proposta de inclusão de um novo tipo penal no ordenamento jurídico. O artigo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica e obteve como principal resultado o entendimento quanto à necessidade da criação de um novo tipo penal que auxilie na erradicação da violência doméstica e familiar.

Palavras-chave: Omissão de socorro. Relações domésticas. Responsabilidade penal. Problema social.

ABSTRACT

This paper aims to discuss and define the responsibility of close third parties and their lack of attitudes towards victims of domestic abuse, as well as debate about the need for criminalize these acts of omission, which persistent socially acceptance contributes to the abuse perpetuation. Throughout the paper a discussion will be held on the fact that domestic violence is only so called due to outdated cultural matters that can only harm society, for it is in fact a social problem and as so should be treated for

¹ Bacharel em Direito. UNI-RN. fernanda.guareschi@yahoo.com.br

² Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia. gaburri@usp.br

everyone, what justifies the proposition of a new penal type inclusion on the legal system. This paper was built with bibliographic research and reached as its main results the understanding of the need to create a new penal type that helps with the eradication of domestic abuse.

Keywords: Omission of help. Domestic relations. Criminal responsibility. Social problem.

1 INTRODUÇÃO

Da observação do processo de evolução das civilizações conclui-se que a sociedade é mutável e sua cultura é dinâmica. Trata-se de mudanças inevitáveis que decorrem de processos orgânicos inerentes à condição de seres humanos. Por isso nunca deixarão de existir. E é sobre essa mutação que se trata o presente trabalho. Uma mudança um tanto difícil e demorada, porque se trata de mudança de hábitos, costumes e consciência social, que visa aumentar a proteção e a garantia à segurança e individualidade de cada pessoa, mas que afeta a sociedade como um todo.

O principal objetivo deste trabalho, que foi cuidadosamente construído através de pesquisas bibliográficas, explorando legislação, doutrina, estudiosos e pesquisas, é discutir e definir a responsabilidade penal de terceiros próximos e suas atitudes omissas em relação às vítimas de violência doméstica e familiar; analisar a importância de se trazer responsabilidades individuais para questões sociais; problematizar o fato de que muitas vezes, em casos de violência doméstica e familiar, a ajuda de alguém que está próximo, porém não envolvido, pode contribuir para extinguir ou, ao menos, diminuir a ocorrência de tais crimes.

Deve-se cultivar na sociedade a ideia de que a violência doméstica e familiar é um problema social que reclama a presente sugestão de mudança na legislação, tipificando a conduta que defina omissão de terceiro próximo diante da prática de violência doméstica, assim definida no art. 5º da Lei Maria da Penha.

2 A RELAÇÃO DA CRIAÇÃO DO TIPO PENAL DE OMISSÃO DE TERCEIRO PRÓXIMO COM OS OBJETIVOS DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha – LMP surgiu em um contexto de denúncia frente ao crescente clamor social, porquanto não foi resultado de uma luta contra uma violência que crescia, mas do aumento da indignação social juntamente com a liberdade e espaço que já permitiam tais exigências da sociedade.

A Lei 11.340/2006 traz consigo o nome de Maria da Penha Maia Fernandes, mulher vítima de dupla tentativa de homicídio por seu então marido, causando-lhe lesões que resultaram em paralisia permanente dos membros inferiores, tendo a Justiça brasileira demorado mais de 19 anos para julgar e condenar o agressor.

Em decorrência da não prestação jurisdicional, ou de sua prestação deficiente, a Organização dos Estados Americanos – OEA, por sua Comissão Interamericana de Direitos Humanos, condenou o Brasil por não ter organismos suficientes para ajudar Maria da Penha e outras mulheres em situação como a dela e exigiu que o Brasil desse o devido andamento com o processo, indenizasse a vítima e criasse políticas públicas para ajudar a evitar violência doméstica contra a mulher.

A partir daí, estabeleceram-se vários diálogos e projetos traçados entre o Congresso e movimentos feministas da época, na busca de soluções que colocassem fim à tamanha violência.

A LMP ajuda a refutar a ideia de que a mulher pode ser posse e/ou propriedade de qualquer pessoa que reclame esse poder, seja pai, marido, irmão, qualquer um que esteja em seu convívio familiar e se ache detentor de seu corpo e sua vida.

Esse tipo de violência só passou a ser chamado de violência contra a mulher muito recentemente. Antes era vista como castigo por merecimento de má conduta familiar, a ser exercido por aquele que se julgava ter poderes sobre ela.

Não obstante passada mais de uma década de sua promulgação, ainda estão enraizados na sociedade muitos conceitos deturpados que envolvem atos de violência doméstica, que tendem a culpar a vítima em vez de incriminar apenas o agente agressor.

Baseada na ideia de vitimização terciária, a sociedade ainda conserva em sua cultura o hábito de apontar atitudes da vítima que justificam ou que poderiam evitar a violência, como se autor e vítima compusessem uma dupla criminosa.

Analisando a lei penal material, percebe-se que a única menção ao comportamento da vítima é feita no art. 59, como circunstância judicial para a dosimetria da pena.

No item 50 da Exposição de Motivos do Código Penal – CP há menção ao comportamento da vítima como fator provocador ou estimulador da conduta do autor do fato, a exemplo da ausência de recato da vítima de crime contra a dignidade sexual.

A vitimização primária decorre dos efeitos do crime na pessoa da vítima e das que lhes são próximas. De outro modo, a vitimização secundária ou processual decorre da necessidade de a vítima reviver o fato criminoso ao retratá-lo para as autoridades competentes, como o representante do Ministério Público e a autoridade policial e judicial. Por sua vez, segundo Viana (2018, p. 167), a vitimização terciária refere-se à penalização sofrida pela vítima do crime em hipóteses em que é ridicularizada pela sociedade, ao passo que o criminoso é exaltado.

Em fevereiro de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH publicou em seu site uma nota na qual “expressa sua profunda preocupação frente à alarmante prevalência de assassinatos de mulheres em razão de estereótipo de gênero no Brasil”, que já chegava a 126 casos de feminicídio em 35 dias.

Evitar esse tipo de violência envolve a sociedade num problema que não é particular, mas um problema social, com o qual todos devem se preocupar em erradicar: desconstruir o velho senso comum de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”.

Essa discussão quer corrigir tal errôneo conceito e demonstrar que é de interesse de toda sociedade reprimir a cultura violenta e destruidora que se instala em seu ínterim; que mulheres estão sendo violentadas e mortas, em sua maioria, no local onde deveriam estar protegidas: em suas casas.

Diante deste cenário, pessoas próximas, que poderiam intervir para evitarem atos de violência, muitas vezes optam por não ajudar ou denunciar, contribuindo com sua omissão para os danos.

Não se trata de equiparar as condutas do agente omissor à do agente causador da violência, mas criar naquele a consciência de que, caso se omita, pode ser responsabilizado.

Dessa forma, a tipificação da conduta de omissão de terceiro próximo pode ser eficaz instrumento de mudança de comportamento e de visão da sociedade sobre esse assunto.

3 LEGISLAÇÃO ATUAL: A FALTA DE SEGURANÇA APESAR DOS AVANÇOS

É possível perceber que a legislação já evoluiu muito no que se trata de direitos das mulheres. Porém, é analisando essa evolução e de onde ela se iniciou que se pode perceber o quanto ela ainda precisa avançar, já que a base dessa legislação é de cunho fortemente machista e não só justificava como permitia a dominação masculina sobre a mulher. Conceito esse enraizado tanto nas leis quanto na cultura ainda dos dias de hoje.

No Código Civil – CC de 1916, segundo o Senado Federal em seu material didático “Dialogando sobre a Lei Maria da Penha”, em uma época não tão distante do momento que se vive, era permitido ao marido aplicar castigos físicos à esposa. Mesmo tendo conquistado o direito ao voto em 1932, ela somente deixa de ser considerada civilmente incapaz em 1962.

Porém, apenas na Constituição Federal – CF de 1988 foi consagrada a igualdade entre homens e mulheres. E, ainda assim, o termo “poder familiar” somente substituiu o “pátrio poder”, ou seja, poder do homem sobre a família, a partir do CC de 2002, 14 anos após a solene declaração constitucional desta igualdade. E em 1991, realidade tão recente se comparada a tal evolução, é que se afastou o termo “legítima defesa da honra”. Por decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, ao julgar um caso de assassino, que usou desta tese, o Tribunal argumentou que honra é direito personalíssimo, e que como foi a esposa que traiu, e sua atitude socialmente reprovável sujou sua honra e não de seu esposo, a tese dele tê-la matado para defender sua honra, a honra do marido, era totalmente incabível, afastando esse argumento de defesa amplamente utilizado por muitos anos. (BRASIL, 2019c, p. 7-11)

Após o surgimento da LMP em 2006, em 2009, a Lei 12.015 altera o Código Penal no concernente aos crimes contra dignidade sexual, tornando sua punição mais rígida e abrangente no que tange a proteção das vítimas destes crimes.

Em 2015 houve a inclusão do feminicídio no CP como qualificadora do crime de homicídio, que segundo Nucci (2017, p. 620) consiste no homicídio doloso da mulher, por razões de gênero feminino, não importando se o autor do fato é homem ou mulher.

E, por fim, em 2018, sobreveio a Lei 13.718, que alterou a natureza jurídica da importunação sexual, que passou de simples contravenção penal para crime.

A LMP prevê as agressões, os abusos, as violências perpetradas pelo agressor. Como se trata de uma questão social que, portanto, deve ser problematizada, prevenida e erradicada por toda sociedade, não é apenas o agressor que deve ser penalizado, mas quem, tendo o dever de agir, assiste de perto ao ato de violência e nada faz.

O Art. 13, do Código Penal, versa:

O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O dever de agir previsto no art. 13, § 2º, não abarca a atitude omissiva de quem, mesmo sem praticar ou dar causa por omissão, apenas assiste e/ou sabe da existência de agressão anterior, ou até mesmo agressões decorridas por determinado período de tempo, e podendo, não interfere ou solicita ajuda de entidade competente.

Como é possível observar em inúmeros casos que vêm sendo amplamente divulgados pela mídia em geral, muitas das agressões em relações domésticas e familiares, como as que abrange a LMP, não se iniciam pelas mais graves, antes começam com agressões menores que vão escalando para as maiores.

Em entrevista à emissora RDTVNews, a Delegada Jozirlethe Criveletto (FEMINICÍDIO, 2019), titular na Delegacia Especializada da Defesa da Mulher em Cuiabá/MT desde 2009, explica essa situação ao afirmar que

[...] o feminicídio, ele é o crime, o único crime que pode ser evitado [...]. Quando você trabalha feminicídio íntimo, que é esse praticado com violência doméstica, você percebe que existe todo um ciclo de violência, e aquele ciclo então ele chegou ao seu último grau, que é o feminicídio. Então por isso a importância de nós trabalharmos a conscientização dessa vítima de que ela se encontra nesse ciclo. (sic)

Afirmou também que esse ciclo pode começar ainda na fase de namoro, quando a vítima nem percebe os abusos sofridos e acredita que, por exemplo, o ciúme do companheiro é apenas uma prova de amor. Quando a vítima perceber que sofre uma relação abusiva já estará num estágio mais avançado de violência, o que dará início a outras histórias.

Histórias que se iniciam com agressões verbais, humilhações, imposições sobre vestuário que a vítima deve ou não utilizar, determinações sobre quais pessoas podem ou não fazer parte de seu círculo de convivência, locais que ela pode ou não frequentar, com o tempo evoluem para o primeiro tapa, depois empurrões, murros, facadas, tiros. É

certo que esta não é uma regra, nem todos os ciclos de violência seguem esse exato roteiro. Porém, em sua grande maioria, funciona como quando se coloca um sapo vivo para ser cozido: a água vai esquentando aos poucos e o organismo se adapta de forma que o animal sente que está prestes a morrer quando já é tarde demais.

Há em comum, em larga parcela destes mesmos casos de conhecimento público, a presença de pessoas próximas que, caso tivessem procurado auxiliar a vítima, com orientações ou até mesmo buscando a autoridade competente, poderiam ter evitado, ou ajudado a evitar, tais agressões posteriores, já que muitas vezes a própria vítima tem medo ou, por algum motivo, não pode ela mesma dirigir-se à autoridade competente.

Como exemplo, o amplamente divulgado caso da advogada Tatiane Spitzner, de Guarapuava/PR, que tem como principal suspeito pelo seu assassinato seu marido Luis Felipe Manvalier. Dentre os testemunhos colhidos durante a fase da investigação houve quem tivesse ouvido gritar por socorro, houve quem soubesse da agressividade com a qual o marido a vinha tratando tempos antes de sua morte. Se uma delas tivesse se pronunciado a alguma autoridade ou oferecido apoio à advogada, o final trágico dessa história poderia ter sido evitado.

Nenhum final de história por vir é certo, ninguém pode assegurar como será o futuro se essa ou aquela atitude for tomada, mas é certo que com auxílio muitas das vítimas de violência doméstica e familiar têm a chance de tentar interromper seu ciclo de violência.

A sociedade como um todo vem mudando e trazendo à tona questões cada vez mais humanitárias e preocupadas com a vida humana. É crescente o número de vozes que ecoa nas ruas clamando por igualdade, dignidade e humanidade.

Insistir em um comportamento no qual se vira os olhos para não ver a problemática da violência doméstica e familiar por justificar ser algo particular, é contrário ao movimento social de voltar-se uns aos outros na prática das tão buscadas e discutidas empatia e tolerância.

Exemplos de mudança jurídica que materializam esse clamor são as recentes leis que obrigam os condomínios a reportar os casos de violência doméstica e familiar, sob penas que variam de advertência a multa. Essas leis, até agora aprovadas nos estados da Bahia (Lei 14.278/20), do Rio de Janeiro (Lei 9.014/20), do Maranhão (Lei 11.292/20), de Minas Gerais (Lei 23.6433/20), no Distrito Federal (Lei 6.539/20) e em

municípios como Teresina (Lei 5.540/20), serviram como precursoras para o atual Projeto de Lei 2510/10, atualmente em tramitação na Câmara Federal.

Esse projeto pretende levar tal obrigação a todo país, além de estender essa responsabilidade de tal forma que seja aplicada também aos moradores. A citada Proposta de Lei prevê que, caso se omita na obrigatoriedade da denúncia, o agente poderá responder pelo crime de omissão de socorro, tipificado no artigo 135, CP.

A inclusão de uma modalidade de omissão de socorro, a omissão de terceiro próximo, aplicada à LMP trará inicialmente à população a necessidade de agir por receio da punição. Trata-se da chamada prevenção geral, cuja finalidade é evitar que outras pessoas, que não o criminoso, venham a cometer o mesmo crime.

E, posteriormente, como já aconteceu em ocasiões de criação de outras leis, fazer nascer dentre as pessoas a consciência de que a atitude de impedir a violência, seja interferindo de fato ou comunicando à autoridade competente, é o certo a se fazer, sem nem questionar ou julgar a vítima.

A sociedade, historicamente machista, patriarcal e conservadora, desenvolveu a ideia de que a mulher é a responsável pelas agressões, pela violência, pelo estupro, pela morte que sofre, por conta de seu comportamento, e não por ação do agressor.

No seio desta cultura não há espaço para auxiliar quem se crê estar errado. A crença de que a mulher é sempre culpada pela violência que sofre alimenta essa cultura que a impede de ser ajudada.

4 AS ALTERAÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA

Desde sua sanção, em 7 de agosto de 2006, a LMP já sofreu algumas alterações e ainda existem mais propostas de lei que pretendem alterá-la ainda mais, para que possa abranger outros aspectos na proteção de vítimas de violência doméstica e familiar.

Em 2017 foi sancionada a Lei 13.505 que trata do direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de receber atendimento policial e pericial, preferencialmente por servidores do sexo feminino. Garante que nem a vítima ou familiares terão contato direto com investigados ou suspeitos da autoria da violência em questão, ou com pessoas relacionadas ao agente.

Preocupa-se, também, em evitar a revitimização da depoente, orientando a não inquirição sucessiva sobre os mesmos fatos, em quaisquer âmbitos, bem como questionamentos incabíveis sobre sua vida pessoal.

Outra inovação relevante decorreu da Lei 13.641/2018, que tipifica o crime de descumprimento de medidas protetivas e de urgência, com pena de detenção de 3 meses a 2 anos, conferindo apenas à autoridade judicial a competência de conceder fiança em caso de prisão em flagrante. Além disso, o crime de descumprimento de medida protetiva ou de urgência independe de esta ter sido decretada por juízo civil ou criminal.

A Lei 13.772/2018 protege a intimidade da mulher em casos de registro não autorizado de cenas de nudez, ato sexual e qualquer outro de caráter íntimo e privado. Caracteriza tal ato como violência doméstica e familiar psicológica, prevê detenção de 6 meses a 1 ano e multa, além de criminalizar quem cria imagens falsas atribuídas à vítima ou com o intuito de incluí-la em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

Recentemente, foram sancionadas mais três alterações na LMP, a Lei 13.827, a Lei 13.836 e a Lei 13.871, todas no ano de 2019. A primeira amplia a competência para aplicação de medidas protetivas e de urgência para além da autoridade judicial, permitindo-a à autoridade policial ou ao agente de polícia em situações em que o município não for sede de comarca ou quando não se encontre delegado disponível no momento da denúncia.

A segunda torna obrigatória a informação da condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

E a terceira responsabiliza o agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde – SUS às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados.

Além dessas alterações, há mais projetos de lei no Congresso que visam a evoluções no auxílio às vítimas de tamanha violência. O PL 191/2017, do Senado, pretende estender a proteção da LMP às mulheres transgêneros e transexuais. O PL 510/2019, da Câmara dos Deputados, visa a facilitar o divórcio para vítimas de violência doméstica e familiar. E o PL 2.661/2019, também da Câmara dos Deputados, vem lutando pela proibição da nomeação, na esfera Federal, de condenados com trânsito em julgado por crimes previstos na LMP, assim como já é realidade no Estado do Rio de

Janeiro, que, por força da Lei estadual 8.301/2019, impede a nomeação desses agentes na administração pública direta e indireta.

5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE?

O princípio da culpabilidade defende, em um de seus três sentidos fundamentais, que só será penalizado quem, agindo com dolo ou culpa, comete um fato típico e ilícito.

Sem dolo ou culpa não há conduta, logo, não há fato típico. Para Greco (2011, p. 91), “os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva”.

Dentre as teorias sobre o dolo explicadas por Greco (2011, p. 187), aplica-se para o dolo direto a teoria da vontade, segundo a qual dolo é a vontade consciente de produzir o resultado ilícito; e para o dolo eventual, a teoria do assentimento, consoante a qual haverá dolo sempre que o agente tiver a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com sua conduta, assumindo o risco de produzir o evento ilícito.

Diante destes princípios, é inquestionável a legalidade da tipificação da omissão de terceiro.

É claro que quem assiste a agressões severas a uma pessoa em situação de vulnerabilidade e nada faz, quando poderia evitá-las, assume o risco de ter deixado a vítima virar mais um número dentre tantas estatísticas perversas que constata a cruel realidade de mulheres neste país.

Sob a ideia de prevenção geral e individual, a aplicação deste dispositivo agirá também como agente educador para sociedade e para o agente agressor.

6 OMISSÃO E RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS NA LEGISLAÇÃO

Pesquisa realizada pelo Núcleo de Gênero do Ministério Público de São Paulo - MPSP, em 2018, intitulada “Raio x do feminicídio em SP: é possível evitar a morte”, analisou as circunstâncias que giram em torno de feminicídios, como hora do dia, local, classe social, arma do crime, motivação, etc.

Foi observado que, independente das condições do crime, tentado ou consumado, não há registro de Boletim de Ocorrência na maioria dos casos, “o que leva à conclusão de que romper com o silêncio e deferir medidas de proteção é uma das estratégias mais efetivas na prevenção da morte de mulheres”. (MPSP, 2018, p. 25)

Essa falta de registros denomina-se de cifra negra, que representa “o número de delitos que por alguma razão não são levados ao conhecimento das autoridades, contribuindo para uma estatística divorciada da realidade fenomênica” (PENTEADO FILHO, 2012, p. 73).

Números e estatísticas de crimes são importantes, entre outras coisas, para mapeamento da criminalidade, auxiliando no planejamento da sua prevenção. Mas, casos de violência doméstica e familiar, como demonstrado na referida pesquisa, não são devidamente registrados e essa ferramenta de auxílio não pode ser tão eficaz quanto deveria no auxílio das vítimas.

Muitas vezes não é possível para a vítima, sozinha, quebrar o ciclo de violência no qual se encontra e denunciar seu agressor, seja por medo, por falta de apoio ou por não se sentir segura, não raro sendo necessária a intervenção de uma terceira pessoa que preste esse auxílio para que a vítima saia da situação de violência em que se acha.

A legislação brasileira mostra a importância que reserva ao tema ao prever mecanismos de defesa e apoio à população, seja diretamente, quando o próprio ofendido busca essa proteção; ou quando se busca proteção para outrem, a exemplo da Lei 10.778/2003, que institui a notificação compulsória de violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos e privados, orienta as autoridades sanitárias a proporcionar facilidades ao acesso à notificação, dispõe sobre outras questões procedimentais cujo descumprimento enseja infração, sem isentar de sanções penais.

É possível perceber a preocupação da Lei com a efetividade da denúncia dos casos de violência doméstica e familiar que levam as vítimas aos serviços de saúde. No entanto, essa efetividade corre o risco de não ser atingida quando se depende apenas da vítima, que muitas vezes não leva a notícia da agressão às autoridades.

Há ainda de se reforçar a importância do profissional de saúde nessa seara quando se aprecia seu papel, “pois a mulher fragilizada demais para buscar outros tipos de proteção, acaba procurando os serviços de saúde para o atendimento” (SANTINON; GUALDA; SILVA, 2010).

Analisando o Código de Processo Civil - CPC, fica clara a seriedade com a qual a lei trata a omissão de terceiros na busca pela justiça, visto que em seu artigo 380 “desenvolve os deveres dos terceiros em relação à produção da prova, [...] prevê a imposição de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias [...] ou, até mesmo, sua direta realização por atuação judicial” (BUENO, 2015, p. 276) quando aqueles se recusam a auxiliar no processo de produção destas, a saber:

Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:
I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;
II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.
Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

O legislador visa a restringir a responsabilidade do terceiro, que não é parte do processo em que tais provas estiverem sendo produzidas, determinando que as sanções previstas por sua conduta não recairão sobre as partes do processo.

Nesta ordem de ideias, a LMP, em seu art. 13, traz para seu processo, julgamento e execução das causas, a aplicação do CPC e do Código de Processo Penal – CPP, fortalecendo a relação que se quer fazer aqui dentre a legislação vigente e suas visões sobre o envolvimento de terceiros.

Nesta toada, o CC traz em seu artigo 932, rol de terceiros que deverão assumir a responsabilidade de indenizar parte lesada por outrem.

Além, claro, das já citadas leis estaduais que geram obrigação sobre o condomínio de denunciar violência doméstica e familiar.

Diante de tais previsões, não há como argumentar que a criação do novo tipo penal é algo fora da realidade jurídica ou incabível. Trata-se da constatação do rumo traçado pelas leis que regem esse país, em consonância com os anseios atuais que clamam por mais justiça, aplicação e efetividade das leis e erradicação dos casos de violência doméstica e familiar. Quanto mais pessoas estiverem engajadas nessa luta, mais fortemente ela será travada.

E uma forma de se trazer mais pessoas para trabalhar em prol disso é transportar esse assunto do universo particular, da relação exclusiva entre vítima e agressor, e expandi-lo para toda sociedade, trazendo o terceiro próximo para a cena.

7 A PROPOSTA DO NOVO TIPO “OMISSÃO DE TERCEIRO PRÓXIMO” 135-B

Todo tipo penal tem por objeto a proteção de um bem jurídico relevante contra lesão ou perigo de lesão.

Em casos de violência doméstica e familiar, é lugar comum para as vítimas terem dificuldade para realizar uma denúncia do ocorrido e pôr fim à situação. Além dos casos em que a vítima se sente ameaçada, ou de fato o é, há casos também em que não encontra apoio na sociedade, em seu meio social, e teme ser julgada por isso, comportamento mais que corriqueiro em uma cultura machista que insiste em culpar a vítima. Sobre essa falta de apoio, a representante da ONU Mulheres Brasil, Nadine Gasman (MULHERES, 2017), explicou sobre o quanto influencia ter esse suporte na tomada de decisão em realizar a denúncia:

Saber que não estão sozinhas e poder contar com alguém próximo são sinais importantes para o encorajamento de mulheres que estão sendo alvo da violência de gênero. Pode ser o passo decisivo para que elas quebrem o ciclo da violência e procurem serviços públicos de atenção a mulheres em situação de violência. Essas ações são difíceis, mas são amenizadas quando se tem alguém ou um grupo ao lado.

A esse processo, Penteado Filho (2012, p. 124) dá o nome de vitimização terciária, que seria exatamente a falta de amparo por parte de órgãos públicos, pela sociedade e muitas vezes pela própria família, o que as leva a não denunciar tais violências sofridas, gerando assim as já discutidas cifras negras.

Esclareça-se que a vitimização terciária pode ocorrer antes da notícia da violência, colaborando para que essa não aconteça, ou depois do registro da ocorrência quando, sabendo da violência sofrida, atores sociais demonstram descaso, julgamentos, culpam-na pelo fato de ser vítima, entre outras coisas.

É necessária extrema força, a qual foi extirpada de muitas dessas mulheres, tamanha a violência sofrida, para conseguir passar pelo processo da vitimização primária, que seria a violência em si, pela secundária, que se materializa no momento da notícia da violência no qual a vítima é forçada a reviver a traumática situação, e ainda suportar as dores e dissabores do terceiro grupo de vitimização. Vale ressaltar que no segundo grupo de vitimização há a presença recorrente da violência institucionalizada.

Esse termo pode se referir a mais de uma situação. Uma muito comum e comentada por Lenio Streck (2011, p. 99) é a obrigação de a mulher manter relações sexuais com o marido, o que ainda é defendido por alguns penalistas como regular exercício de direito. Mesmo na vigência da atual Constituição de 1988 e, também

criticando tal conduta, o autor menciona que ainda não foi aceita nos Tribunais brasileiros a tese da violência institucionalizada nos casamentos. Acerca desta, define Taquette (2009, p. 28 *apud* BRASIL, 2019c, p. 95):

Essa violência é caracterizada como aquela praticada pela ação e/ou omissão das instituições que ofertam serviços públicos como hospitais, postos de saúde, escolas, delegacias, Judiciário, entre outras, no exercício de suas funções. É perpetrada por agentes que deveriam garantir uma atenção humanizada, preventiva e reparadora de danos.

Esse caminho para saída, que também é outra etapa espinhosa desse processo, chama-se rota crítica e, conforme Camargo e Aquino (2003, p.38), trata-se das dificuldades e obstáculos encontrados numa trajetória circular que impedem o alcance de uma solução, de forma que se repita esse caminho, sempre sem sucesso, acarretando em desgaste emocional e revitimização.

Essa argumentação corrobora a importância da criação desse tipo penal, já que, se o auxílio preventivo é tão importante, sua omissão é determinante para a continuidade de uma indesejada situação de violência, que, antes de ser um caso estritamente familiar e particular, é de interesse social.

Para Roxim (2014, p. 111-115), o Direito Penal deve assegurar, como última *ratio* e respeitando todos os direitos fundamentais, a convivência livre e pacífica dos cidadãos, com base na ideia iluminista de contrato social. Se se parte dessa finalidade, deve-se entender por “bem jurídico” tudo o que for indispensável para cumpri-la. Bens jurídicos são, portanto, a vida, a integridade física e sexual, a liberdade, a propriedade etc, mas também - bens jurídicos da coletividade -, por exemplo, uma justiça que funcione, uma moeda autêntica ou um meio ambiente intacto, sem os quais é impossível uma vida juridicamente segura e com saúde.

Demonstrada a necessidade de eficaz proteção ao bem jurídico “*integridade física e psíquica da vítima de violência doméstica e familiar*”, e diante da ineficácia de atuação das demais esferas do direito, sugere-se a criação de um artigo no CP, no Capítulo III – Da Periclitación da Vida e da Saúde, com número de 135-B, por sequência após o 135, que versa sobre omissão de socorro, que criminalizará condutas omissas referentes às ações vedadas previstas na LMP, com a seguinte proposta:

Omissão de terceiro próximo

Art. 135-B. Deixar de noticiar às autoridades competentes atos de violência doméstica e familiar assim definidos em lei e de que tem conhecimento e desde que não haja risco para o noticiante, se a omissão não constituir crime mais grave.

Pena: reclusão de 6 meses a 1 ano, que poderá ser substituída por trabalho com vítimas desse crime, uma vez cumpridos os incisos do art. 44 desta Lei.

Parágrafo único. Está obrigada a noticiar o fato, sem prejuízo de outras, a pessoa de convivência íntima e ou próxima da vítima ou do agressor.

Trata-se de uma norma penal em branco, porquanto seu preceito primário carece de complementação. Como bem explica Greco (2011, p. 20), mesmo havendo a descrição da conduta defesa, há ainda a obrigatoriedade de complemento provindo de outro diploma, quais sejam leis, decretos, regulamentos, etc.

Tal complementação já existe na LMP, que define os tipos de agressão ao qual o tipo penal sugerido se refere. Sendo o tipo regulamentado por outra lei, norma de mesma estatura, classifica-se como norma penal em branco homogênea.

Além de norma penal em branco homogênea, cabe ressaltar que o referido tipo penal sugerido receberá classificação de *heterovitelina*, por ser complementado por lei diversa de sua área, aquele terá lugar no CP e sua complementação na LMP.

A conduta descrita no tipo penal é omissiva, porquanto viola uma norma preceptiva, que determina a prática de um ato.

Se a ação é uma realidade em si, um conceito ontológico, a omissão só existe a partir da norma, constituindo conceito axiológico, normativo (BIERREMBACH, 2002, p. 67).

O Direito Penal não pretende apresentar um nexos físico entre dois fenômenos naturais (mundo do ser), mas apenas a conexão entre conduta voluntária omissiva e um resultado vedado por lei (mundo do dever ser). Disso defluiu que as mesmas regras reguladoras do nexos causal na ação, previstas no art. 13 do Código Penal, devem ser aplicadas à omissão (*conditio sine qua non*) (BIERREMBACH, 2002, p. 101).

É um tipo penal de aplicação subsidiária que será afastado se a conduta do terceiro próximo configurar crime mais grave.

Quanto à consumação, deve-se ter em mente que há crimes que só se consumam quando a conduta do agente produz um resultado naturalístico; há outros que se consumam no momento da violação da norma jurídica, sendo a produção do resultado naturalístico mero exaurimento; há outros que se consumam com a mera conduta, que não tem aptidão para produzir alterações no mundo dos fatos.

O tipo sugerido classificar-se-á como de mera conduta, consistente na omissão do terceiro próximo em situação que poderia agir, sem risco pessoal, em proveito da vítima das agressões.

A figura proposta será de menor potencial ofensivo, porque a pena máxima cominada em abstrato não supera 2 anos. Por força do art. 41 da LMP, não estará sujeito aos institutos despenalizadores da Lei 9.099/1999, quais sejam, a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89), não obstante a pena mínima abstratamente cominada não superar 1 ano.

A aplicação subsidiária cabe quando não se confunda com delito mais grave, e que se perceba que a omissão desse agente não se configure coautoria ou participação nas referidas agressões, nos termos do art. 29 do CP.

Vale ressaltar que, apesar de ser crime de menor potencial ofensivo, não terá competência para julgá-lo o Juizado Especial Criminal – JECRIM, visto que o tipo sugerido trata de atos de violência previstos na LMP, cujo art. 41 afasta a competência do juizado especial.

Cabe ainda analisar o princípio da proporcionalidade da pena. Alberto Silva Franco (1997 *apud* GRECO, 2011, p. 75-76) defende que é impreterível a análise de peso entre a gravidade do fato e a gravidade da pena, que não se deve permitir desequilíbrio entre ambos para que não haja desproporção.

Isto posto, afigura-se proporcional a pena para o tipo sugerido, de seis meses a um ano. Tem-se como intenção não só punir tal conduta, mas também educar a população (prevenção geral).

A imputação da pena mínima de 6 meses obedece ao art. 46 do CP, que veda prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas às penas privativas de liberdade inferiores a seis meses. Isso porque é de interesse a aproximação de tais terceiros às vítimas.

Seguindo essa vertente, propõe-se a duração máxima de um ano, para que obedeça ao art. 44, I, do CP, que não permite substituição de pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, sendo aquelas superiores a quatro anos.

Escolheu-se tal modelo de substituição para que, além do intuito educacional e inclusivo, fique consonante com o art. 17 da LMP, que veda a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de

prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

O legislador, sabiamente, vedou tais substituições para barrar costume anterior que trazia caráter de pouca importância para crime tão vil. Nessa vertente, quer-se aqui, além de seguir a legislação, também frisar que há necessidade maior em se aprender a lidar com o problema da violência doméstica e familiar na sociedade, evitando-o e erradicando-o, em vez de simplesmente se preocupar em se livrar dele, havendo recursos para tal.

Seguindo os preceitos da LMP e o entendimento da súmula 542 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, mantém-se a natureza da ação penal pública incondicionada, independentemente de representação da vítima, visando a garantir o cumprimento de sua finalidade protetiva e alcançar sua mais nobre função, que é a de promover uma eficaz mudança social no que tange à violência doméstica e familiar.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica e familiar já atingiu números alarmantes. Vê-se casos retratados, todos os dias, nos principais meios de comunicação de massa do país. É consenso que essa violência precisa acabar.

A legislação vigente no país possui mecanismos de proteção e coibição da prática de condutas de violência doméstica e familiar, como ferramentas de apoio e programas de educação da população. Mas é necessário um passo a diante.

O ordenamento jurídico sempre poderá fazer mais para proteger sua população, e a evolução social e intelectual auxiliam nesse importante processo. O rótulo de violência doméstica e familiar não retrata o problema em sua amplitude. Trata-se, deveras, de um problema social que deve ser combatido por toda sociedade. Isso inclui, dentre outras providências, cuidar das vítimas, e não as julgar; mudar o conceito de que tapinhas são comuns na relação de um casal; dizimar o machismo e o patriarcado que insistem em diminuir as mulheres.

Acredita-se no poder punitivo da criação do tipo penal de omissão de terceiro próximo, mas acima disso, em seu potencial de prevenção geral, no sentido de educar e gerar mudanças na consciência coletiva sobre aquilo que se pode fazer, como sociedade,

para cuidar uns dos outros e concretizar a solidariedade prevista como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no art. 3º, I, da CF.

REFERÊNCIAS

BIERREMBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BRASIL. **Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003**. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.778.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. ILB – Instituto Legislativo Brasileiro. Senado Federal. **Dialogando sobre a Lei Maria da Penha**. Cadernos EAD. ILB: Brasília, 2019c.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 01 maio 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMARGO, Márcia.; AQUINO, Silvia de. Redes de cidadania e parcerias – enfrentando a rota crítica. *In*: SPM - SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Programa de prevenção, assistência e combate à violência contra a mulher** – plano nacional: diálogos sobre violência doméstica e de gênero: construindo políticas públicas. Brasília: SPM, 2003.

CIDH - COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CIDH expressa sua profunda preocupação frente à alarmante prevalência de assassinatos de mulheres em razão de estereótipo de gênero no Brasil. **Organização dos Estados Americanos**, Washington, DC, 4 fev. 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/024.asp>. Acesso em: 09 maio 2019.

FEMINICÍDIO pode ser evitado, diz delegada. Cuiabá: RDTVNews, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PASLb2cR3KU>. Acesso em: 02 maio 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MPSP - MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. Núcleo de Gênero. **Raio-x do feminicídio em SP**: é possível evitar a morte. São Paulo: Núcleo de Gênero MPSP, 2018. Disponível em: https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2018/04/MPSP_RAIOXdoFEMINICIDIO2018.pdf. Acesso em: 13 abr. 2019.

MULHERES apoiam mulheres a romper o ciclo da violência de gênero, revela campanha da ONU nos 16 Dias de Ativismo. **ONU Mulheres Brasil**, Brasília, dezembro, 18 dez. 2017. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/mulheres-apoiam-mulheres-a-romper-o-ciclo-da-violencia-de-genero-revela-campanha-da-onu-nos-16-dias-de-ativismo/>. Acesso em: 02 maio 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 8.301, de 28 de fevereiro de 2019**. Veda a nomeação para cargos em comissão de pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Federal nº 11.340, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, [2019]. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/998cb21d7d9bb434832583b60070a6e9>. Acesso em: 01 maio 2020.

ROXIM, Claus. **Novos estudos de Direito Penal**. Tradução: Luís Greco *et al.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTINON, Evelyn Priscila; GUALDA, Dulce Maria Rosa; SILVA, Lucia Cristina Florentino Pereira da. Violência contra a mulher: notificação compulsória e outros instrumentos legais de uso dos profissionais de saúde. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 01 mar. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7499. Acesso em: 03 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica *In*: CAMPOS, Carmem Hein de. (Org.). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

AS CONDIÇÕES DAS MULHERES GRÁVIDAS E LACTANTES NAS PRISÕES NORTE-RIO-GRANDENSES

Rasland Luna¹

Ana Luiza Neves Alves²

Heloisa Targino Bezerra Alves³

Lívia Lorena Silva Araújo⁴

Ana Flávia Castro⁵

RESUMO

A pesquisa possui como escopo analisar as condições das mulheres grávidas e lactantes nas prisões norte-rio-grandenses, partindo da problemática sobre como são tratadas essas mulheres nessas prisões. Além disso, os métodos de abordagem serão o dedutivo e qualitativo, o primeiro levado de uma premissa da observação das leis de execução penais para a prática, e o segundo do levantamento de dados acerca do assunto, por meio da opinião de profissionais relacionados à temática. Ademais, o método de procedimento e as técnicas de pesquisa, serão abordados a conceituação histórica, por meio da exploração bibliográfica, documental e entrevistas com autoridades que irão sondar as principais contribuições teóricas. Além disso, esta pesquisa teve como objetivos específicos: fazer um levantamento e reflexão dos direitos das mulheres grávidas e lactantes em cárcere no Rio Grande do Norte/Brasil, além de analisar a situação carcerária dessas mulheres no país, bem como investigar as diferentes jurisprudências acerca do assunto.

Palavras-chaves: Sistema carcerário. Violação dos direitos. Grávidas e lactantes.

THE CONDITIONS OF PREGNANT AND INFANT WOMEN IN NORTH- RIOGRANDENSES PRISONS

¹ Doutor em Sociologia pela Universidade do Minho/Portugal. Pesquisador nas áreas de Masculinidade, Sexualidade, Gênero e Prostituição. Professor de Sociologia dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). E-mail: raslandluna@yahoo.com.br

² Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN).

³ Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN).

⁴ Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN).

⁵ Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN).

ABSTRACT

The research has as scope to analyze the conditions of pregnant women and lactating women in norte-rio-grandenses prisons, starting from the issue on how women are treated in these prisons. In addition, methods of approach will be the deductive and qualitative, the first led to a premise of observation of criminal laws of execution for practice, and the second of survey data about the subject, by means of the opinion of professionals related to the theme. Moreover, the method of procedure and the techniques of research will be addressed to the historical conceptualization, by means of exploration bibliographic, documental and interviews with authorities that will probe the main theoretical contributions. In addition, this research had as specific objectives: to survey and reflect the rights of pregnant and lactating women in prison in Rio Grande do Norte/Brazil, as well as to analyze the prison situation of these women in the country, as well as to investigate the different jurisprudence on the subject.

Key Words: Prison system. Violation of rights. Pregnant and lactating.

1 INTRODUÇÃO

É evidente que o crescimento da criminalidade feminina é um tema que apresenta grande destaque em qualquer reflexão acerca dos diversos direitos garantidos às mulheres, seja na seara constitucional, civil, penal ou de gênero, por exemplo, este trabalho de pesquisa dispôs-se a investigar e discutir a situação e condições das mulheres grávidas e lactantes nas prisões norte-rio-grandenses. Tendo como parâmetros os direitos previstos em Legislação, de modo, a saber, qual a importância da garantia destes direitos na vida das mulheres encarceradas e na de seus filhos.

Optou-se por estudar essa temática a partir das condições precárias que as mulheres estão submetidas, nas quais se constatou a falta de estrutura básica em grande parte das prisões femininas brasileiras. Ademais, é notório o crescimento da inserção das mulheres no mundo do crime.

Outrossim, é indispensável registrar que segundo o Ministério de Justiça, entre 2003 e 2007 houve um crescimento de 24,87% na população prisional masculina,

enquanto o aumento feminino foi 37,47% no mesmo período. Entretanto, no Rio Grande do Norte ainda temos prisões que não atendem as necessidades femininas básicas - mas somente as masculinas (ainda assim, atendimentos muito precários) - como a proibição da entrada de absorventes e calcinhas, acarretando um maior desconforto nas condições de higiene íntima de grávidas e lactantes, além das presas em geral.

Em âmbito atual, o sistema carcerário brasileiro convive com um quadro preocupante em relação à saúde. O aumento da população privada de liberdade, vivendo em condições precárias, torna o ambiente nocivo, de alto risco e favorável à proliferação de doenças, como a tuberculose e as enfermidades sexualmente transmissíveis. Além disso, pelo fato de encontrar-se institucionalizada, a maioria da população carcerária torna-se física e mentalmente mais sujeita ao adoecimento, sobretudo ao sofrimento crônico, que gera desconforto físico e psíquico.

Ademais, na elaboração deste trabalho, julgou-se pertinente desenvolver um estudo relacionado à saúde e às garantias legais. Dentre esses, podemos apresentar: mantimentos para a mãe e o filho, direito ao pré-natal e garantia do acesso das gestantes ao atendimento de intercorrências, parto e assistência pós-parto, juntamente com exames para o controle do câncer cérvico-uterino e de mama, bem como o encaminhamento para o tratamento de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST/AIDS) e a assistência à anticoncepção e imunizações.

Por fim, também abordamos neste estudo a saúde mental das grávidas e lactantes no sistema carcerário norte-rio-grandense, bem como, as condições psicológicas dos seus filhos. No período de confinamento, as mulheres podem apresentar ansiedade, estresse, depressão, adulteração do sono, uso impróprio de medicação psicotrópica, precárias condições de confinamento e interrupção das relações familiares. Além disso, as crianças, diferente das outras que estão “livres”, poderão sofrer algum tipo de dano, pois vivem em uma situação peculiar, dentro de uma instituição prisional, privadas de conviver na sociedade livre.

A principal justificativa para o estudo e investigação do tema proposto está associada com as precárias condições vigentes no sistema penitenciário norte-rio-grandense, que acometem as mulheres grávidas e lactantes, que acabam por se submeterem a criar e amamentar seus filhos em um local com tratamento desumano e cruel. Sem instalações adequadas e um atendimento especial, as mulheres são deixadas

de lado e não têm voz ativa e visibilidade, elementos necessários para superar as dificuldades.

A importância desta pesquisa também está na análise e identificação dos problemas do sistema penitenciário norte-rio-grandense, como espaço limitado e higiene precária, agravados pela falta de recursos específicos para as mulheres, o que carece de uma intervenção direta do Ministério da Justiça, para que as gestantes e lactantes tenham a possibilidade de viver em um ambiente digno, na condição de apenadas.

O Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, n. 96/2009), mostra um levantamento, de 30 de dezembro de 2017, que indica que 622 mulheres presas no Brasil eram grávidas ou lactantes. Algumas unidades prisionais possuíam espaços adaptados para as gestantes, lactantes e seus filhos, porém, em más condições e ambientes inapropriados para a criação de criança.

Para a realização da pesquisa, foram entrevistados dois juízes, um promotor, um psicólogo, um secretário de justiça e a coordenadora da ONG (Organização Não Governamental) Pastoral Carcerária. Estes foram entrevistados em Natal/RN, no Fórum Miguel Seabra Fagundes, Complexo Judiciário, Ministério Público PMJ, Centro Administrativo, no Centro Universitário do Rio Grande do Norte, Grand Hotel, respectivamente, em seus horários de trabalho.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O presente trabalho tem como escopo alguns conceitos essenciais; um desses conceitos é o de inóspito. Em decorrência do flagrante descaso por parte do Estado, as presas grávidas e lactantes do Rio Grande do Norte estão submetidas a locais que em sua maioria não são apropriados à convivência humana, as prisões brasileiras. Esses espaços são locais inóspitos⁶, tendo em vista que as cadeias, em grande parte, possuem péssimas estruturas, nas quais, algumas presas, por falta de cama, já foram obrigadas a dormir no chão, mesmo estando em uma situação em que se há a necessidade de um maior cuidado físico e psicológico, como será apresentado posteriormente na pesquisa.

⁶ O dicionário Aurélio possui o seguinte conceito da palavra inóspito: Que não oferece hospitalidade, que apresenta más condições para a existência do homem, de acesso difícil (FERREIRA, 2009)

Frente a este caso de extremo desmazelo, deve ser analisado outro conceito base da pesquisa, o de dignidade. A dignidade da mulher carcerária é extremamente ferida, pois além do estigma gerado pelo cárcere, ela é seriamente discriminada em uma sociedade pautada em padrões masculinos de poder e dominação, que desde os primórdios pregam que as mulheres devem agir em conformidade com comportamentos estabelecidos (BOURDIEU, 2010).

Intrinsecamente a isso, tem crescido exponencialmente o número da população carcerária feminina em relação à masculina, e também o número de mulheres grávidas e lactantes nas prisões. Com este aumento e a falta de atenção por parte do Estado, o ambiente carcerário tende a tornar-se cada vez mais inóspito e hostil, para mulheres e crianças. Compete ao órgão Estatal, então, assegurar condições mínimas que garantam a dignidade da pessoa humana, com efetivação de políticas públicas (alimentação, vestuário, instalações higiênicas, atendimento médico, assistência jurídica), e atenção aos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente.

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. (PIOVESAN, 2010)

Além dos conceitos de inóspito e dignidade, também está presente no embasamento de nossa pesquisa o conceito de família. A princípio, família é classificada como a instituição responsável por promover a educação e formação dos filhos perante o meio social, sendo, por conseguinte, considerada a base para a formação de qualquer indivíduo. Outrossim, é no meio familiar que é propagado os valores morais e sociais que servirão para o processo de socialização secundária da criança (BERGER; LUCKMAN, 2002). Inquestionavelmente, é perceptível que as condições em que as crianças e as mães se encontram dentro das prisões não são compatíveis com o que deve ser executado na prática.

O conceito de ambiente familiar diz respeito às práticas, cuidados e estímulos necessários ao crescimento e desenvolvimento de cada membro da família. A qualidade do cuidado, nos aspectos físico e afetivo-social, decorre de condições estáveis de vida, tanto socioeconômicas quanto psicossociais. Entretanto, devido à acentuada

desigualdade social presente em todo o mundo, esses direitos e garantias não são proporcionados para todos.

Ademais, é a família que desempenha o papel de mediadora entre a criança e a sociedade, possibilitando assim sua socialização, elemento essencial para o desenvolvimento cognitivo infantil. O ambiente familiar é de extrema importância para o indivíduo, haja vista que a convivência influencia no seu desenvolvimento, e no modo como ele vai se comportar em sociedade.

O ambiente familiar é um local onde deve existir harmonia, afetos, proteção e todo o tipo de apoio necessário na resolução de conflitos ou problemas de algum dos membros. As relações de confiança, segurança, conforto e bem-estar proporcionam a unidade familiar. (CANHA, 2014, pág. 25)

Ademais, é de fundamental importância ressaltar outro conceito presente na fundamentação de nossa pesquisa: o de maternidade. A vida se modifica de várias formas, o corpo, a mente e o emocional das mulheres sofrem uma grande alteração. O relacionamento entre mãe e filho inicia-se ainda durante a gestação. Para muitas pessoas, não se pode imaginar a vida de uma mulher grávida e/ou lactante em um sistema carcerário, mas essa é a realidade de muitas mulheres brasileiras. Nesse ambiente hostil, se luta para uma maior preservação dos direitos humanos. Não existe uma infraestrutura ideal, e o atendimento das necessidades mínimas, como o fornecimento de fraldas, leite em pó, material de higiene e roupa, é precário (como nos foi relatado em nossas entrevistas).

Além disso, outra preocupação constante é que a mãe se vê subitamente sem o seu filho, pois sofre uma separação que gera problemas irreversíveis. A criança, muitas vezes, sem outro parente além de sua mãe, passa de abrigo a abrigo, no qual não há nenhuma perspectiva, e estas acabam por ser vistas como só mais uma, não recebendo os devidos cuidados, como atenção, amor e educação.

As abordagens psicológicas dão destaque à importância do vínculo entre mãe e bebê. Nas escolas psicanalíticas, por exemplo, acreditam que os primeiros meses do relacionamento entre mãe e filho são determinantes para o desenvolvimento do indivíduo (MENEZES et al., 2012)

Desse modo, faz-se necessário que o Estado, no seu papel de protetor e garantidor dos direitos de seus cidadãos, se atente para esse sério problema que a cada

dia se mostra usurpador dos direitos de mães e filhos à uma maternidade minimamente saudável, tanto no aspecto físico quanto psicológico.

3 DIREITO GARANTIDO

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 garante direitos inalienáveis, relacionando-se às mulheres grávidas e lactantes nas prisões brasileiras, temos como referência o artigo a seguir:

No artigo 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.

Como traz o inciso III: “III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988). Sabendo disso:

A criança que vive encarcerada está em condições insalubres, em circunstâncias que impactam na habilidade da isenção social. Ela é carente de espaço físico. Mesmo em penitenciárias que têm condições, em tese, adequadas, ainda estão privadas de uma série de outras atividades. (VARELLA, p. 68, 2018)

Além disso, o inciso XLI discorre sobre: “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, os direitos das grávidas e lactantes são violados devido às circunstâncias que elas vivem no estabelecimento prisional.

Similarmente ao inciso anteriormente tratado, é notório que a dignidade física e moral não é assegurada neste ambiente, como ordena o inciso XLIX do artigo 5º: “XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988).

Ademais, o inciso L, também presente no artigo 5º, discorre sobre a importância das presidiárias permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação, como indica a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Ministério da Saúde:

A amamentação prolongada é indicada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Ministério da Saúde, pediatras e especialistas em amamentação recomendam a amamentação até dois anos de idade ou mais, sem a necessidade de introdução de outro leite (CARVALHO, 2017)

De acordo com o artigo 6º, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Assim sendo, fica nítido o desrespeito com que é tratada a constituição brasileira, na medida em que mães e filhos têm os seus direitos mais básicos violados pelo descaso com que são tratados pelo Estado brasileiro, que contrariamente deveria tratá-los como requisitos indissolúveis para a garantia do direito à uma maternidade minimamente saudável.

A legislação infraconstitucional também prevê tratamento digno e humano às detentas, para atender as suas necessidades básicas e fundamentais.

3.2 LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A lei nº 11.942 de 2009 dispõe no artigo 14 e § 2 que a saúde do preso compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Também fixa que, quando o estabelecimento não estiver em condições de efetivar suas obrigações, deverá ser realizado em outro estabelecimento.

O § 3 do artigo 14 do mesmo dispositivo legal prevê que “será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e pós-parto, extensivo ao recém-nascido.” (BRASIL, 1984). O artigo 83, parágrafo 2, da mesma lei, dispõe que os estabelecimentos penais destinados às mulheres serão dotados de berçários, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive, amamentá-los, no mínimo, até seis meses de idade. Vale ressaltar que o período máximo não é estabelecido.

O artigo 89 da mencionada lei ressalta, ainda, as condições necessárias e indispensáveis para o amparo da criança:

A penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa (BRASIL, 1984)

Novamente, resta exposto a seguridade promovida pela carta magna acerca desta problemática. Desse modo, fica a mesma isenta de qualquer crítica às ingerências explícitas nas condições precárias às quais são expostas as presas grávidas e lactantes, bem como aos seus filhos; principais vítimas das condições carcerárias, precárias, dos presídios brasileiros.

3.3 RESOLUÇÕES

A resolução nº 3 do artigo 1, promulgado em 1 de junho de 2012, discorre sobre:

Recomendar que não sejam utilizadas algemas ou outros meios de contenção em presos que sejam conduzidos ou permaneçam em unidades hospitalares, salvo se restar demonstrado a necessidade da sua utilização por razões de segurança, ou para evitar uma fuga, ou frustrar uma resistência. (BRASIL, 2012)

Outrossim, a resolução nº 14, promulgada no dia 11 de novembro de 1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no artigo 7, estabelece que:

Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena. (BRASIL, 1994)

Por fim, o artigo 11 desta mesma resolução trata sobre: “Aos menores de 0 a 6 anos, filhos de preso, será garantido o atendimento em creches e em pré-escola” (BRASIL, 1994).

3.4 CÓDIGO PENAL

De acordo com o Código Penal de 1940, no seu artigo 7, afirma-se que: “as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo” (BRASIL, 1940).

3.5 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O artigo 3 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), afirma que os mesmos possuem direitos às condições de liberdade e dignidade, sendo assim, quando uma criança vive em um ambiente hostil como o de uma prisão, ela está tendo os seus direitos feridos.

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

Junto a isso, verifica-se também na lei nº 8.069, no artigo 9 que:

O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade (ECA, 1990)

Na mesma medida em que a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi um grande avanço de uma sociedade, teoricamente, comprometida com a segurança e o bem estar daqueles que representam o seu futuro, o descaso a que são submetidos um grande número de crianças oriundas das classes economicamente menos favorecidas da nossa sociedade, principalmente, aquelas nas quais as mães se encontram em condições de cárcere, ilustra o quão inócuas, na prática, são as nossas políticas públicas, no que convergem às garantias na execução do exposto em lei.

3.6 SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal (STF) disserta sobre a necessidade de uso de algemas em situações que apresentam algum tipo de risco, conforme traz os artigos a seguir:

No artigo 2º, considerar defeso a utilização de algemas ou outros meios de contenção em presos no momento em que se encontrarem em intervenção cirúrgica em unidades hospitalares (...).

No artigo 3º, considerar defeso utilizar algemas ou outros meios de contenção em presas parturientes, definitivas ou provisórias, no momento em que se encontrarem em intervenção cirúrgica para realizar o parto ou se estejam em trabalho de parto natural, e no período de repouso subsequente ao parto.

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (STF, 2008)

3.7 HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143641 DO STF DE 20.2.18

Aos 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu, por maioria de votos, conceder Habeas Corpus (HC 143641) coletivo, para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).

Para o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetrante do habeas corpus, a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, tira delas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constituindo-se em tratamento desumano, cruel e degradante. Além da clara percepção dos impactos do cárcere em recém nascidos e em suas mães, que ficam completamente afastados da vida regular. Todos esses fatores infringem os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.

Outrossim, o HC Coletivo trata-se da única solução viável para garantir acesso à Justiça de grupos sociais mais vulneráveis. O presente HC Coletivo objetivava salvaguardar um dos mais preciosos bens do ser humano, a liberdade. Além disso, é de suma importância notar que o sistema prisional possui deficiência de muitos recursos, ainda mais para grávidas e lactantes, que precisam constantemente de cuidados médicos.

Além disso, lactantes e gestantes, encontram-se inseridas nos grupos sociais vulneráveis. Quando estas estão detentas, há isenção de necessidades básicas e essenciais, como cuidados médicos de pré-natal e pós-parto, a falta de berçários e creches adequadas para as crianças, já que as que são proporcionadas nos presídios, na maioria das vezes não estão disponíveis para todas. Outrossim, o Estado não possui capacidade suficiente de assegurar todos os direitos fundamentais para grávidas e lactantes nos presídios brasileiros.

De mais a mais, é preciso tornar concreto o que a Constituição Federal determina, em seu art. 5º, inciso XLV, em que vigora que nenhuma pena deverá passar para terceiro.

Além disso, o art. 27 da CF também é claro, quando estabelece prioridade absoluta na proteção às crianças.

Além disso, vejamos o art. 318, inciso IV e V, do Código de Processo Penal:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Entretanto, apesar da previsão do art. 318, IV e V, do CPP, diversas mulheres, mesmo estando grávidas ou com filhos menores de 12 anos, permaneciam recolhidas nas unidades prisionais cumprindo prisão preventiva. Em poucos casos, os juízes concediam a prisão domiciliar.

Diante desta realidade, advogados de um movimento chamado “Coletivo de Advogados em Direitos Humanos” (CADHu) impetraram habeas corpus coletivo no STF pedindo que a Corte reconhecesse, de forma ampla e geral, que as presas grávidas ou com filhos menores de 12 anos possuem direito à prisão domiciliar.

Após a impetração, a DPU interveio neste habeas corpus. Esta ação coletiva é um dos únicos instrumentos capazes de garantir o acesso à justiça dos grupos mais vulneráveis socioeconomicamente. Para o STF, apesar de não haver uma previsão expressa no ordenamento jurídico, existem dois dispositivos legais que, indiretamente, revelam a possibilidade de habeas corpus coletivo. Trata-se do art. 654, § 2º e do art. 580, ambos do CPP.

O art. 654, § 2º estabelece que compete aos juízes e tribunais expedir ordem de habeas corpus de ofício. O art. 580 do CPP, por sua vez, permite que a ordem concedida em determinado habeas corpus seja estendida para todos que se encontram na mesma situação.

Assim, conclui-se que os juízes ou Tribunais podem estender para todos que se encontrem na mesma situação a ordem de habeas corpus concedida individualmente em favor de uma pessoa.

4 MICHEL FOUCAULT E BECCARIA

Michel Foucault, filósofo e teórico social francês, auferi através de seus estudos, que o poder disciplinar serve de mecanismo para moldar o comportamento do indivíduo. São aspectos do poder disciplinar: a punição, o adestramento e o panoptismo. Deste modo, na percepção dos responsáveis por tal mecanismo de controle, o indivíduo tem que sofrer a pena necessária pelos seus crimes, e a disciplina é o instrumento mais eficaz, impondo o medo, o julgamento e a destruição, com o objetivo de transformar o comportamento dos criminosos, sendo, segundo ele, a prisão, ou seja, a privação da liberdade o lugar ideal para exercer o poder disciplinar. Pois, a prisão, além de ser o local da execução da pena, é ao mesmo tempo local de observação dos indivíduos punidos; o que permite, além de vigiá-los, observar e estudar o comportamento destes como método eficiente de expiação (FOUCAULT, 2012).

Em outra perspectiva, analisaremos agora a abordagem de Cesare Beccaria. Este, foi um importante aristocrata, criminologista e economista italiano que se mostrou inconformado com a crueldade das penas e seguiu uma corrente de argumentação mais humanitária, pelo qual sugere reformas no sistema penal. Decorrente da sua indignação com as injustiças, Beccaria traz uma perspectiva diferente, propondo aderência a um sistema no qual os castigos e penas sejam proporcionais aos delitos, ou seja, penas justas. Ele propôs um sistema de fácil compreensão para que todos tivessem acesso, conhecimento, tornando-se esclarecidos, e com isso, distanciando-se dos atos danosos e delituosos que trariam prejuízos tantos sociais, quanto de ordem individual para os agentes detentores (BECCARIA, 1999).

É de bom alvitre estabelecer, como já citado anteriormente, a diferença entre o trabalho desenvolvido pelos dois autores. Diante da visão de Beccaria, percebe-se que sobretudo ele busca proteger a dignidade humana, porquanto para ele é preferível prevenir os delitos a ter de puni-los, e é o que de fato acontece nas sociedades modernas, não há investimento em métodos preventivos, utilizando-se abundantemente de métodos coercitivos que são sobretudo ineficazes. Há, portanto, um ponto de semelhança entre Foucault e Beccaria, quando ambos concordam com a falha do sistema penal e do sistema penitenciário e o fracasso de seu objetivo. Pode-se comprovar esse elemento como no seguinte trecho, da obra *Vigiar e punir* de Michel Foucault, que diz:

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra em um estado habitual de cólera contra tudo que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça (2012, pág.252)

Ademais, a decadência do sistema penitenciário e a omissão e violação aos Direitos Humanos, torna precário diária e constantemente o que deveria reconstruir, restaurar e devolver a sociedade um indivíduo ressocializado. Portanto, o infrator já ingressa no sistema penal desacreditado, tanto pelas questões de ordem cultural quanto pelo tratamento abusivo por parte do poder público. De forma tal, que a justiça pregada pela sociedade e pelo Estado é contraditória com o que chamamos de ressocialização e esses são fatores que não passam despercebidos pelos presos nem pela sociedade, desencadeando gritantes aumentos nos índices de violência e marginalidade.

5 A REALIDADE DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL

5.1 A QUANTIDADE DE DETENTOS E DETENTAS NO BRASIL

Segundo levantamento exclusivo do G1 de 17/05/2021, dentro do Monitor da Violência, e com base em informações oficiais dos 26 estados e do Distrito Federal, atualmente temos 746,8 mil presos no Brasil. O país aparece em 26º no ranking de países que mais encarceram no mundo e seus presídios têm uma lotação de 56,1% acima da capacidade permitida.

Quanto às detentas, em particular, um estudo realizado pelo Infopen de dezembro de 2019 aponta que o encarceramento feminino está aumentando. A notícia “Depen divulga Mapeamento de mulheres grávidas, idosas e doentes no sistema prisional”, publicada pela Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE, 2020), informa que desde 2016 havia uma queda na quantidade de mulheres presas, porém que nesse período, a quantidade de mulheres encarceradas chegou a 41 mil. Em 2018, foram contabilizadas 36,4 mil mulheres e, em dezembro de 2019, o número aumentou para 37,2 mil.

5.2 A REALIDADE DAS PRESAS GRÁVIDAS E LACTANTES NAS PRISÕES NORTE-RIO-GRANDENSES

Para melhor ilustrarmos a realidade presente nas condições das presas grávidas e lactantes, apresentaremos as opiniões do Juiz Cleanto Alves Pantaleão Filho, da Coordenadora da ONG Pastoral Carcerária e Novos Rumos, Guiomar Veras de Oliveira, do Juiz de Execução Penal Henrique Baltazar Vilar dos Santos e do Secretário Estadual da Justiça e Cidadania (SEJUC) do Rio Grande do Norte, Luís Mauro Albuquerque Araújo, resultantes das entrevistas por nós realizadas.

É notória às péssimas condições no sistema prisional norte-rio-grandense, já que, em sua maioria, não existe uma infraestrutura ideal para o suporte das presas grávidas e lactantes. Com relação a isso, temos o relato do Juiz entrevistado Cleanto Alves Pantaleão Filho da 9ª Vara Criminal da COMARCA do Natal:

Seja pela experiência pessoal, eu já estou na vara criminal a mais de duas décadas e o que a gente verifica é que obviamente os direitos não são garantidos como deveriam ser, né? (...) As estruturas dos estabelecimentos prisionais são longes do ideal e falta estrutura, falta o pessoal, falta muita coisa. Há toda uma busca por garantia dos direitos das mulheres e das crianças, principalmente em decorrência da atuação do próprio CNJ que tem se preocupado muito com isso e tem procurado conscientizar os juízes e os próprios órgãos executivos, o próprio Estado a adotar medidas, para, digamos assim, resolver esse problema que a gente verifica na prática, (...) porque realmente não adianta a gente fingir que não existe o problema, existe. Os estabelecimentos prisionais têm muita dificuldade em assegurar isso para as presas, seja o acesso da criança à mãe, seja até a manutenção da criança durante um determinado período lá nos locais, isso é quase que inviável (2018)

Em conformidade com a opinião do Juiz, o relato da Coordenadora da Pastoral Carcerária e dos Novos Rumos, Guiomar Veras de Oliveira, partilha de um caráter semelhante:

Não enxergamos um instrumento de mudança, a realidade dos presídios femininos continua uma realidade alvo de muito questionamento, porque em poucos locais existe uma estrutura apropriada para as necessidades de gênero (da mulher), onde até um espaço de cozinha industrial já se adaptou para se tornar uma prisão feminina (2018)

Sendo assim, diante do exposto, é perceptível que as prisões não proporcionam o devido amparo às presas grávidas e lactantes, uma situação de descaso a dignidade

humana, ferindo assim, diretamente o art. 5º da Constituição Federal, inc. III, no qual expõe que nenhuma pessoa deve ser submetida a tratamento ímpio ou degradante.

Outrossim, em compatibilidade com o apresentado anteriormente, se denota a realidade da cidade do Natal, que apresenta apenas uma unidade prisional com uma área de maternidade. Porém, ainda com restrições, como dito pelo Juiz de Execução Penal Henrique Baltazar Vilar dos Santos:

Não existe cela individual no feminino, até por que não cabe, o presídio é pequeno e tem mais de 100 presas, então não tem cela individual. Essas, como já tinha dito, o berçário é separado. Como disse, possuem duas dividindo a cela, mas tem berço para as duas crianças, camas para as duas e as cadeiras da vovó. Agora se surgir três, vai ter que ter uma adaptação, por que nunca teve três, sempre foi no máximo duas, então até agora deu certo. Esse berçário foi inaugurado faz um ano, foi até o judiciário que arcou com as despesas (2018)

Destarte, concluímos que essa situação é no mínimo ultrajante, tendo em vista que a prisão da cidade do Natal não possui a estrutura necessária para suportar a presença de mais de duas grávidas e/ou lactantes. Além disso, só começou a ter um suporte mais adequado há menos de um ano, fornecido pelo Poder Judiciário.

Em contrapartida, o Secretário Estadual da Justiça e Cidadania (SEJUC) do Rio Grande do Norte, Luís Mauro Albuquerque Araújo, afirmou que:

Hoje no sistema temos uma grávida e três amamentando. Foi feito uma cela para lactantes, um berçário. Só existe o berçário no presídio Milton Chaves. Com a nova lei, foram várias para a rua. O novo ambiente construído foi feito de setembro para cá (2018)

De mais a mais, é possível perceber uma discordância de duas autoridades distintas acerca do assunto, já que, a opinião do juiz relata que a estrutura do berçário no presídio Milton Chaves foi feita há um ano. Já no relato do secretário de justiça, Luís Mauro, a construção do berçário, foi feita há menos de 4 meses.

5.3 A QUESTÃO DA SAÚDE

Na questão da saúde, utilizamos os relatos dos entrevistados Erickson Girley, Promotor de Justiça do Rio Grande do Norte e da Coordenadora da ONG Pastoral Carcerária, Guiomar Veras. Os dois entrevistados, apresentaram opiniões semelhantes acerca do tema, enfatizando suas mazelas. Dessa maneira, é ressaltada a obrigação do

Estado em fornecer todos os auxílios necessários para a manutenção de uma boa condição de vida às mulheres presas, em especial, as grávidas e lactantes, como relatado pelo Promotor de Justiça entrevistado Erickyson Girley:

É dever do Estado proporcionar esse serviço, no caso, pediatra pra criança, serviço de ginecologia, obstétrica e tudo mais, é complicado porque na verdade muitas vezes esse atendimento não existe, não existe um posto médico no estabelecimento que tenha um médico de plantão ou coisas assim. Não é só serviço médico também dessa categoria, tem o odontológico, e alguns estabelecimentos existem. Muito precariamente, mas sim, e em outros, quase que não funcionam. Isso é um fato. Às vezes tem de haver de fato que a presa apresente algum tipo de problema real, para que possa ser levada para fora do estabelecimento e seja atendida em um posto de saúde, numa UPA, ou algo assim (2018)

No entanto, como apresentado pelo promotor, os serviços prestados pelo Estado não existem, e quando existem, ocorrem de forma defasada, podendo acarretar em um atendimento externo de urgência, devido à falta de assistência.

Sendo assim, em conformidade com a fala do promotor, a Coordenadora da Pastoral Carcerária, Guiomar Veras, expõe as péssimas condições das grávidas e lactantes nas prisões:

As grávidas ficavam juntas com as outras presidiárias, hoje pelo menos estão separadas, mas antes as presas fumavam e elas ficavam todas misturadas umas com as outras, não havia a preocupação com as camas, onde as grávidas dormiam em partes de cima do beliche. Tivemos notícias de crianças que nasceram com problemas pulmonares e relacionamos a isso (2018)

Com isso, certifica-se que o Estado se apresenta omissos com relação a saúde no sistema penitenciário, principalmente para com a mulher, que exige maiores cuidados. Ademais, a coordenadora especificou essa situação de calamidade na cidade do Natal, como se mostra a seguir:

Em relação a prevenção, pode-se dizer praticamente que não há. É muito isolada essa frequência de orientação, essa assistência à saúde nas unidades como um todo, elas são muito desassistidas. O feminino da João Chaves que é maior, nem assistente social tem e assistente social e psicólogo é essencial (2018)

Frente a isso, neste relato afirma que os auxílios são apenas os básicos, e estes, com pouquíssima assistência. Amparos relacionados à questão social e psicológica, por exemplo, não ocorrem em muitos casos. Essa situação se apresenta ainda mais

ultrajante, já que a mulher, nessas condições, mostra-se mais sensível e com constantes alterações de emoções.

5.4 TEMPO DA CRIANÇA COM A MÃE

Em relação ao tempo da criança com a mãe no presídio, retrataremos as falas do Promotor de Justiça, Erickyson Girley, do Juiz, Cleanto Alves e do Secretário da Justiça e Cidadania do Rio Grande do Norte, Luís Mauro Albuquerque. Dessa forma, é válido salientar que é garantido no artigo 89, pela lei de Execução Penal 11.942 de 28 de maio de 2009, o que se dispõe a seguir: “...a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”. Em relação a este tempo, tivemos posicionamentos distintos. O posicionamento do promotor Erickyson Girley, foi:

Na verdade, 6 meses é o tempo dado para licença maternidade (...) eu acho assim, suficiente, porque ali não é ambiente de fato para uma criança estar, enquanto ela estiver amamentando, porque é obrigação até os 6 meses, obrigação no sentido médico, de fato a companhia da mãe é fundamental e essencial. Mas depois, eu acho que a criança deve ser retirada daquele ambiente, porque ela começa a entender algumas coisas, se relacionar com as pessoas, ver o mundo, e o mundo dela não pode ser o mundo de uma cadeia. Então eu entendo que aí o estado deve analisar para quem aquela criança deve ir, para o pai, avós, tios, e até mesmo em relação a se ela não tiver família, pessoas que possam cuidar delas, que de fato possam ir para uma entidade pública, que possa ser cuidada, pelo menos enquanto a mãe está encarcerada (2018)

O promotor, em seu discurso, afirmou que o tempo de seis meses é suficiente, considerando que a criança deve ter os devidos auxílios básicos, como a amamentação. Não necessitando, por isso, de maior tempo no presídio, pois a criança, em seu desenvolvimento, deve viver em um ambiente sadio, o que não ocorre nos presídios brasileiros. Com caráter convergente a opinião do promotor, o juiz Cleanto Alves afirma que:

Se conseguíssemos garantir os 6 meses já seria um avanço muito grande, então assim, fica até complicado dizer que deveria ser mais, quando a gente sequer consegue cumprir os seis meses, então assim, fica quase como algo fantasioso (...) o sistema prisional, vocês podem acreditar que está muito, muito longe do que a lei de execução penal prevê, do que o CNJ prevê (2018)

A opinião apresentada pelo juiz Cleanto Alves se mostra mais cética e crítica ao tempo dedicado à licença maternidade, pois na prática, segundo a sua percepção, o tempo de 6 meses é algo fantasioso, já que, devido a falta de infraestrutura dos presídios, os bebês não passam o tempo mínimo com as mães.

Já o ponto de vista do Secretário de Justiça e Cidadania do Rio Grande do Norte, Luís Mauro Albuquerque Araújo, diverge das demais opiniões em relação ao tempo mínimo. Na visão do secretário esse tempo poderia ser prolongado, desde que houvesse as devidas melhorias. Ele expõe:

Eu acho que deveria ser mais tempo do que os seis meses, porque o que tem que mudar no sistema é mudar essa dinâmica de maternidade, infelizmente, aqui no Rio Grande do Norte nas unidades não foram feitas uma maternidade, a gente está correndo atrás de uma unidade com toda a dinâmica necessária, que inclusive seja possível que a criança fique até os dois anos com a mãe ali, então quer dizer que os laços afetivos seriam bem maiores (2018)

Com isso, notamos que o Secretário busca reparos e avanços na infraestrutura e dinâmica dos presídios, para assim, promover o aumento do tempo mínimo da maternidade. Diferente do que foi apresentado pelos entrevistados anteriores, o Secretário de Justiça e Cidadania do Rio Grande do Norte, Luís Mauro Albuquerque Araújo, manifesta uma maior preocupação na manutenção dos laços maternos, propiciando um contato mais próximo e duradouro entre mães e filhos, acreditando ser esse laço de extrema importância para um desenvolvimento mais pleno e sadio a essas crianças.

5.5 PRISÃO DOMICILIAR

Acerca deste tema, buscamos uma maior análise desta problemática através das opiniões das seguintes autoridades: os Juízes, Henrique Baltazar e Cleanto Alves, e o Secretário de Justiça e Cidadania do Rio Grande do Norte, Luís Mauro Albuquerque.

Segundo o artigo 317 do CPP (Código de Processo Penal), a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência. Nesse caso, o sujeito do delito continua preso, porém não em cadeia pública. Só podendo se ausentar de sua própria residência com autorização judicial.

Ligado a isso, apresentamos a fala do juiz de execução penal, Henrique Baltazar, que demonstra um posicionamento a favor das mães cumprirem pena nesse regime, quando estiverem próximas de dar à luz ou com filhos pequenos. Vejamos:

Normalmente, quando elas têm filhos pequenos, nós colocamos em prisão domiciliar, então, quase sempre é isso, quando elas estão perto de parir, dependendo do acompanhamento médico, às vezes um mês antes, as vezes menos, ela é colocada em prisão domiciliar. Quando não vai, que é o caso de duas presas que estão lá, elas possuem alta periculosidade, uma é chefe de uma facção e outra tem mais de quarenta anos de pena (2018)

Diante disso, chegamos à conclusão que a prisão domiciliar é restrita para um período especial da gestação, com intenção de propiciar uma condição saudável entre mãe e filho, em um momento tão delicado de suas vidas. No entanto, tal privilégio será negado às presas consideradas de alta periculosidade, cujos antecedentes criminais não permite ao Estado expor à sociedade a uma condição de risco. Ademais, concordando com a fala já apresentada, foi dito pelo juiz Cleanto Alves, que:

Só pode ser indeferida em situações muito específicas, casos bastante concretos, por exemplo, existem mães que traficam em casa, você garantir a ela a prisão domiciliar na verdade você está garantindo a ela que esse crime continue sendo praticado em casa, então tem toda uma dificuldade para o caso concreto (2018)

Sendo assim, é notória a precaução acerca do tema, onde o magistrado trata a prisão domiciliar como situações de caráter particulares para algumas presas, que dependerá da gravidade de seu crime bem como do seu histórico criminal.

Em divergência às opiniões dos juízes Cleanto Alves e Henrique Baltazar, o Secretário de Justiça e Cidadania do Rio Grande do Norte, Luís Mauro, discorre que:

O bebê fica com a mãe. Falando sinceramente, melhor que em muitos locais, porque aqui garante 100% de atenção total para a criança, às vezes essas crianças estão em casa e não possuem esse 100% de atenção. Eles possuem toda uma assistência, têm assistência médica, o acompanhamento é bem bacana, só não acho que é o ideal para mãe, mas para a criança muito pelo contrário, está junto no colo materno, literalmente 24 horas por dia (2018)

Com isso, é evidente que o Secretário possui uma visão extremista a respeito do caso, ao afirmar que prefere que a mãe e seu filho fiquem em um ambiente inóspito do que em um ambiente familiar, declarando que a prisão tem os devidos auxílios

necessários para a grávida e o bebê, mesmo já tendo sido relatado aqui, anteriormente, que isso não ocorre.

5.6 SOBRE A QUESTÃO PSICOLÓGICA

No que concerne a seguinte temática, entrevistamos o Dr. Everton da Silva Rocha, psicólogo e professor universitário, que retratou de maneira geral e específica as consequências da convivência em estabelecimentos prisionais. Dessa forma, primeiramente, podemos destacar as dificuldades que a vida no cárcere desencadeia no comportamento das presas, no que tange à possibilidade em conseguir conviver e apresentar melhorias em seu meio social, como afirmado pelo Dr. Everton Rocha:

A prisão é um ambiente fechado, então você tem a liberdade restrita, a pessoa presa já tem dificuldade de convivência em sociedade, então em um espaço fechado isso poderá se intensificar. A pessoa irá estar em um local superlotado, com outras pessoas com dificuldades para respirar, para dormir, para comer, para defecar e urinar. Essas coisas podem intensificar a experiência negativa de confinamento (2018)

Destarte, percebemos a falta de comprometimento por parte do Estado em ressocializar as presidiárias. Presente em nosso código, podemos encontrar no artigo primeiro da Lei de Execução Penal o seu objetivo: Art. 1º- “Execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. De acordo com tal artigo percebe-se, então, a dupla finalidade da execução penal, qual seja, dar sentido e efetivação do que foi decidido criminalmente, além de dar aos apenados condições efetivas para que ele consiga voltar a fazer parte do seu meio social e, assim, não cair nas antigas malhas do crime.

Além disso, especificando o caso das grávidas e lactantes, o Dr. Everton Rocha esclarece:

Certamente, se nós fomos entender o processo de gravidez como um processo de dar a vida a alguém, os aspectos psicológicos e físicos vão influenciar. Sabemos que fora da prisão elas possuem o direito à pré-natal, a um acompanhamento, a convivência com o pai e familiares, e dentro da prisão tudo isso pode ser perdido ou reduzido. É ambiente de estresse (2018)

Por conseguinte, é evidente que essas presas não possuem as mesmas condições dentro e fora da cadeia, visto que, os auxílios necessários, mesmo que limitados para pessoas de baixa renda, ainda são mais precários dentro dessas instituições.

De mais a mais, no âmbito de desenvolvimento da criança sobre os seus primeiros anos de vida, o psicólogo relatou que:

É uma questão delicada, ao mesmo tempo em que você tem uma mãe que comete um crime e tem que ser punida, se tem uma criança que acaba sendo presa a essa mãe. (...) Os primeiros anos são fundamentais para o desenvolvimento de uma criança e esse tempo é fundamental para a ligação entre mãe e filho (2018)

Para além do que já foi dito, o Dr. Everton Rocha compreende que a falta do ambiente familiar é muito danosa ao desenvolvimento da criança, e quanto mais cedo a separação acontece, maiores serão os reflexos emocionais que elas irão sofrer. Algumas crianças criam um sentimento de raiva, rejeição à mãe, constituem a ideia de que foram abandonadas, que suas mães não a quiseram. Portanto, é necessária a manutenção dos vínculos entre a mãe presa e seus filhos, a fim de promover a participação ativa dela na vida deles.

6 A PASTORAL CARCERÁRIA

A Pastoral Carcerária, localizada no bairro de Tirol, em Natal/RN, que iniciou seus projetos há mais de 50 anos, teve como iniciativa o objetivo de prestar auxílio a presidiários, incluindo, mulheres grávidas e lactantes. Possuindo um caráter religioso, a Pastoral Carcerária tem como finalidade espalhar a “Palavra de Deus” e confortar emocionalmente essas presas. Como expõe a Coordenadora da Pastoral Carcerária, Guiomar Veras:

A Pastoral Carcerária e o “Novos Rumos”, são projetos com objetivo de desenvolver ações no campo da execução penal, com debate e incentivo às unidades APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), visando a reinserção social e a motivação a visar outra perspectiva de vida, assim que sair do sistema prisional. Iniciei os trabalhos como coordenadora da pastoral em 2011, porém, desde 2004 comecei a me relacionar com o projeto. A pastoral tem um perfil ecumênico, é voluntário e tem como objetivo visitar o encarcerado, dar apoio, conversar sobre Cristo e seus ensinamentos (2018)

Acrescido ao que foi exposto acima, a coordenadora da Pastoral Carcerária, Guiomar Veras, considera haver maneiras efetivas de reinserção social da presa e além disso, acredita ser necessário mais investimentos por parte do governo que resulte num tratamento mais humanizado. Para tanto, a Pastoral é um projeto sem fins lucrativos que sobrevive às custas de doações por parte da igreja e da comunidade. Ademais, o trabalho é totalmente voluntário, podendo ingressar qualquer tipo de pessoa acima de 18 anos.

Diante do aumento do índice de criminalidade no Brasil, no decorrer dos últimos anos, cresceu, concomitantemente, um sentimento de indignação e raiva por parte da população, em relação aos presos. Frente a isso, a pastoral é vista, por muitos, com preconceito, pois estes idealizam que a pastoral vitimiza o preso. Acerca disto, a coordenadora relatou que:

A pastoral é bem vista por algumas pessoas, mas uma parte da sociedade tem preconceito, pois acha que a pastoral passa a mão na cabeça de bandido, quando ela na verdade, busca ter uma visão mais humanizada desse cenário. Preservar e garantir a dignidade, se modificarem como pessoas positivamente. Providenciamos também os documentos, mantemos contato com a família do preso. Vai além de uma ajuda apenas com objetivo religioso (2018)

Em contrapartida, ao que parte da comunidade pensa, a pastoral não tem como objetivo vitimizar os criminosos, e sim, dar um auxílio espiritual e psicológico aos mesmos, bem como outros tipos de auxílios, que muitas vezes são negligenciados pelo Estado. Por outro lado, entende a Pastoral que todo indivíduo pode ser recuperado e que a pura punição, seja ela por um rígido sentimento de justiça ou meramente por um sentimento de vingança (sendo esse, no nosso entendimento, o mais comum) não é o instrumento mais eficiente de recuperação de um(a), detento(a), visto que, não promove, essencialmente, a transformação do(a) apenado(a) em novos e mais qualificados cidadãos.

Corroborando com o que diz a Pastoral, devemos lembrar que no Brasil não existe pena capital e que, teoricamente, todos os presos e presas que lá estão um dia retornarão ao convívio social. Assim, compreendemos que o Estado brasileiro deve se preocupar com qual qualidade de sujeito social ele devolverá a tal convívio, e não simplesmente atender a um apelo do senso comum, de um sentimento egoísta de vingança.

7 DA FUNDAÇÃO DE AMPARO AO TRABALHADOR PRESO (FUNAP)

Em alguns estados do Brasil existe Fundações de Amparo ao Trabalhador preso, que objetivam incluir e reintegrar as pessoas presas em sociedade, por meio do desenvolvimento destas como indivíduos, cidadãos e profissionais. Nas fundações são elaborados programas voltados à capacitação profissional dos apenados, juntamente com oportunidades de trabalho mediante convênios com empresas públicas e privadas.

Um exemplo de atuação é a Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso do Distrito Federal (FUNAP/DF), criada pela Lei 7.533, de 2 de setembro de 1986, vinculada à Secretaria de Justiça e Cidadania do DF (Sejus/DF). Esta possui duas vertentes, a intramuros e extramuros. Na primeira, a FUNAP mantém oficinas de profissionalização, voltados aos internos em regime fechado, nas áreas de panificação, mecânica, serralheira, corte e costura, marcenaria e atividades agrícolas. Já a extramuros é realizado fora do estabelecimento penal, quando o preso recebe a concessão do benefício para o trabalho externo, podendo ser o regime semiaberto ou aberto, passando a fundação atuar como intermediadora na alocação da mão de obra dos apenados. Segundo informações do próprio site da FUNAP/DF:

Por meio destas pactuações, a Funap gerencia 76 contratos vigentes e tem mais de 1,2 mil reeducandos inseridos em postos de trabalho realizando funções produtivas em todo o DF, iniciativa que propicia a reeducação e a geração de renda destes indivíduos, pontos que favorecem o processo de reingresso do apenado na sociedade.

Diante do exposto, percebe-se que as fundações oferecem de fato aos detentos perspectiva de emprego ao sair da condição do cárcere, permitindo assim a quebra do ciclo criminal.

8 DO PROGRAMA “COMEÇAR DE NOVO”

O programa “Começar de novo”, criado em 2009 por determinação do Conselho Nacional de Justiça (resolução nº 96/2009-CNJ), possui a finalidade de promover ações de reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário e de cumpridores de medidas e penas alternativas. Este projeto vem desenvolvendo mobilizações, em âmbito estadual, voltadas à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil.

Ademais, essas mobilizações possuem o propósito de promover ações de desenvolvimento sociocultural, capacitação e qualificação profissional, e de empregabilidade para presos e egressos do Sistema Carcerário, de modo a concretizar a inclusão cidadã e promover a redução da reincidência criminal. As ações são planejadas e realizadas a partir de três eixos: eixo de capacitação profissional; eixo de inclusão produtiva e eixo de proteção social.

Outrossim, a respeito de cada um dos eixos, o eixo de capacitação profissional possui a função de manter um convênio com ONGs, instituições educacionais e empresas, para a capacitação de presos e egressos, visando posterior inserção no mercado de trabalho. Já o eixo de inclusão produtiva tem como objetivo encaminhar presos e egressos para o preenchimento de vagas empresas parceiras do projeto. E por último, o eixo de proteção social, que visa incluir as famílias dos apenados em projetos e programas de educação e assistência social desenvolvidos por órgãos públicos e instituições das redes sociais.

É de suma importância para grávidas e lactantes detentas a inserção nesses projetos sociais, haja vista que, o Brasil é um país predominantemente machista e misógino, além de haver extrema desigualdade racial e de gênero no mercado de trabalho, em que o homem branco é colocado no topo da “pirâmide social”. A situação ainda é mais delicada para mulheres grávidas e lactantes detentas, pois ao serem reinseridas na sociedade, estas sofrem grande preconceito.

Além das supracitadas atividades, outras ações são desenvolvidas pelo Projeto Começar de Novo, como: realização de visitas periódicas às unidades prisionais, para levantamentos detalhados e individualizados de cumpridores de penas com enfermidades, com excesso de prazo e grávidas, visando solucionar os possíveis problemas. Há também a captação de novas empresas parceiras para oferecimento de trabalho e de cursos de capacitação, além da criação de metodologia para execução do PRONATEC e o incentivo à contratação de egressos pelas empresas parceiras como forma de completar o processo ressocializador.

9 CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos anteriormente mencionados, conclui-se que a vasta gama de aparatos legais, nacionais e internacionais de proteção à mulher e os variados

documentos que relatam intenções e políticas públicas para colocar em prática o estabelecido na legislação vigente, em relação a mulheres privadas de sua liberdade, infelizmente, não fazem parte da realidade narrada pelas fontes pesquisadas. No ambiente carcerário, é notório o tratamento desumano e degradante e, além disso, prevalece a falta de observância às peculiaridades da mulher, fazendo com que a possibilidade de manutenção de laços afetivos, de reabilitação e de ressocialização se torne algo ainda mais utópico do que parece ser.

Ademais, as ações institucionais do encarceramento feminino vêm se desenvolvendo sem nenhum planejamento que leve em consideração a humanização da execução penal. Essas, confrontam-se com abusos de poder, ausência de garantias jurisdicionais e omissões do Estado para efetivação do respeito à dignidade da pessoa humana. Constatada a violação da estrutura prevista e confirmada a hipótese de não haver tratamento digno, há de ser considerado que a dignidade da pessoa humana e a eficácia dos direitos fundamentais, além de ficarem comprometidos, expõem e colocam em xeque valores difundidos por uma sociedade essencialmente machista, bem como capitalista e excludente.

Dado o exposto, em se tratando de particularidades do encarceramento feminino, neste caso, em especial sobre as grávidas e lactantes, observa-se que é notória a urgência da implantação de políticas públicas que respeitem a dignidade da pessoa humana, visto que, as mulheres são praticamente invisíveis dentro do sistema penitenciário, mas isto não quer dizer que elas não existam em grande número e em situação precária. E além do mais, que isso se faça em uma perspectiva transdisciplinar de atuação integrada de políticas sociais, criminais e de execução penal.

Por conseguinte, nota-se necessário manter dentro da unidade prisional recursos humanos especializados e aptos a desempenharem o papel de contribuir para a custódia dos cidadãos e cidadãs apenados(as), garantindo-lhes à oportunidade de reintegração à vida em sociedade. Além do mais, os profissionais que atuam no sistema prisional devem ser qualificados a fim de evitar a proliferação e continuidade dos ranços de discriminação, despotismo, violência, tirania e preconceitos, refletidos na exposição de degradação do apenado(a) às condições de ultraje da sua condição humana.

Não obstante aos desafios constantes vivenciados pelas presas e seu difícil processo de reinserção social, há ainda a questão dos filhos dessas mulheres privadas

de liberdade. Os filhos são separados da mãe quando completam 6 meses de vida. O drama é ainda maior se a presa não conseguir comprovar na Justiça que tem pessoas da família aptas a cuidar de seu rebento: ela perde a guarda da criança, que é encaminhada para adoção. Embora passar parte da infância na cadeia esteja longe do ideal, o direito de ficar com a mãe é considerado uma conquista. O artigo quinto da Constituição Federal, assegura em seu inciso L, para às presidiárias, que: "Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação" (BRASIL, 1988).

Destarte, as prisões femininas brasileiras, ainda não foram suficientemente estudadas, especialmente no que se refere aos danos ao desenvolvimento psicológico e emocional que elas podem causar para as crianças, e em alguns aspectos para as presas, devido ao isolamento que estas provocam. Em virtude da separação mãe-filho ser extremamente prematura, a relação de cuidado, atenção, carinho e responsabilidade, dentre outros atributos, está praticamente ausente.

Uma vez que a mulher em situação de cárcere está sujeita a essas condições, não existe a esperança da mãe de criar seus filhos em uma prisão. Porém, o contato não pode ser extinto, sendo necessário haver a possibilidade dessas mulheres conviverem com suas crianças, e não desatarem laços afetivos, visto que esses, são difíceis de ser recuperados quando profundamente desfeitos.

Em vista disso, apesar dos males e potenciais destrutivos, os presídios, de acordo com a LEP (Lei de Execução Penal), devem acolher os filhos das apenadas que derem à luz no cárcere, para que esses tenham assegurados o relacionamento com suas genitoras, pelo menos, nos seus primeiros meses de vida. Este contato deve ser realizado em um ambiente propenso ao desenvolvimento infantil. Porém, depois dos 6 meses, tempo mínimo vigente em lei, a criança deve ser encaminhada para familiares, com o objetivo de crescer cercada por vínculos familiares e afetivos.

Além disso, a Lei de Execução Penal também determina que os estabelecimentos penais destinados às mulheres sejam dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos (art. 82, § 2.º), prevendo ainda que a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa (art. 89). De mais a mais, a Organização Mundial da Saúde recomenda aleitamento materno por, no mínimo, dois anos, sendo exclusivo nos primeiros seis meses de vida da criança.

Outrossim, as mulheres encaram uma dura realidade ao retornar à sociedade, tendo de enfrentar grande discriminação. Fora da cadeia, a reintegração é tortuosa e solitária. Os resultados evidenciam um elevado número de mulheres em situações de grande vulnerabilidade social, pessoal e criminal, favorecendo que fiquem mais propícias a enfrentar um processo de criminalização ou se envolver em delitos.

Frente a este presente problema, deve-se haver, então, a criação de políticas públicas para promover a reinserção social da presa, dentre as quais se destacam o trabalho e o estudo, que permitem a remição da pena, tanto quanto um maior preparo de inclusão social das presidiárias, na medida em que elas estiverem em situação de liberdade.

Em vista disso, programas com caráter inclusivo devem ser criados. Um exemplo de projeto que visa à reinserção social e apoio ao preso, é o da FUNAP. A Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso (FUNAP), em parceria com o programa “Começar de Novo”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem como objetivo principal o desenvolvimento de atividades conjuntas com entidades públicas e privadas para a capacitação e contratação de detentos e egressos do Sistema Carcerário. Os sentenciados autorizados a participar do programa recebem salário e têm suas penas reduzidas a cada três dias trabalhados. A remição de penas está na Lei de Execução Penal (7.210/1984) e, no caso de estudo, para cada dia de trabalho, são necessárias 12 horas comprovadas em instituição credenciada de ensino.

Levando em consideração todos os fatos anteriormente mencionados, se houver a plena efetivação dos mesmos, o sistema prisional brasileiro poderá alcançar grandes avanços, especialmente no que se refere às condições das mulheres, grávidas e lactantes.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade**. Petrópolis: Vozes, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto por Juarez de Oliveira. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. (Série Legislação Brasileira).

CANHA, Ana. **Uma visão sociológica sobre a família**. Portugal: Leiria SFF, 2014. Disponível em: <http://escolas.madeira-edu.pt/LinkClick.aspx?fileticket=mLZEi9-uujE%3D&tabid=15006&mid=44317>. Acesso em: 13 set. 2018.

CARVALHO, Marcus Renato. **Amamentação prolongada**. 2017. Disponível em: <http://www.aleitamento.com/amamentacao/conteudo.asp?cod=2317>. Acesso em: 17 out. 2018.

FERREIRA, Aurélio. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. São Paulo: Positivo, 2009. Disponível em: <http://dicionario-aberto.net/dict.pdf>. Acesso em: 27 set. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 40ª ed. Rio de Janeiro; editora vozes, 2012.

MENEZES, Rafael de Souza; SANTOS, Thais Silva dos; VELOSO, Nathália de Oliveira;

FREITAS, Valéria Nancy de; SANTOS, Monique Silva; RAHIM, Mohamad Ali Abdul. **Maternidade, trabalho e formação: lidando com a necessidade de deixar os filhos**. São Paulo: Construção Psicopedagógica, vol.20 nº.21, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto**. 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>. Acesso em: 17 out. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. SUSEPE. . **Depen divulga Mapeamento de mulheres grávidas, idosas e doentes no sistema prisional**. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_conteudo=4852&cod_menu=4. Acesso em: 18 jun. 2021.

SOBRE a funap/DF – Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso. Disponível em: <http://www.funap.df.gov.br/sobre-a-funap-df/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

VARELLA, Gabriela. **O Globo**, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/a-crianca-pode-ter-seu-desenvolvimento-comprometido-diz-advogada-sobre-mae-presacom-bebe-22401929>. Acesso em: 24 out. 2018.

**AS RELAÇÕES ENTRE AS ESCOLAS PÚBLICAS E O ESTADO:
UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE APLICADA À
INSTITUIÇÃO ESCOLA ESTADUAL SANTOS DUMMONT, EM PARNAMIRIM
NO RIO GRANDE DO NORTE**

Rasland Luna¹

Allana Laryssa Targino Gomes²

Julianny Fabricia Ferreira de Souza³

Rebecca Gomes Pelagio⁴

RESUMO

Atualmente, é notável que os problemas relacionados à educação pública no estado do RN crescem e recebem, a cada dia, mais atenção e indignação da população. Apesar dos cidadãos terem certos direitos adquiridos e garantidos, estes ainda se encontram em um universo onde se conserva um cenário de precariedade, no qual, especialmente em se tratando de educação, transformou-se em um direito seletivo do qual nem todos conseguem usufruir plenamente.

Lei 9394

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

XIII - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

Sob essa ótica, torna-se evidente uma persistência no tocante às disparidades existentes entre o direito garantido do cidadão e a dura realidade daqueles que precisam fazer uso do sistema de educação pública. Nessa perspectiva, a presente pesquisa objetivou analisar como se inserem nesse quadro desproporcional o cidadão e os profissionais da área, tendo em vista a atual situação e os desafios enfrentados.

¹ *Rasland Luna* é Doutor em Sociologia pela Universidade do Minho/Portugal. Pesquisador nas áreas de Masculinidade, Sexualidade, Gênero e Prostituição. Professor de Sociologia dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). raslandluna@yahoo.com.br

² *Allana Laryssa Targino Gomes* é Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). allana_laryssa@hotmail.com

³ *Julianny Fabrícia Ferreira de Souza* é Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). juliannyvicente@gmail.com

⁴ *Rebecca Gomes Pelagio* é Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). rebeccapelagio@gmail.com

Palavras-chave: Educação. Constituição federal. Direito. Direito Social.

ABSTRACT

Nowadays, it is notable that the problems related to public education in the state Rio Grande do Norte are rising and receive, every day, more attention and indignation from the population in general. Although citizens have acquired some guaranteed rights, they still live in a universe where a precarious scenario is conserved, in which, especially regarding education, it has become a selective right that not everyone can enjoy fully. From this point of view, there is a persistence in regard to the disparities between the guaranteed right of the citizen and the harsh reality of those who need to make use of the public education system. In this perspective, the present research aimed to analyze how the citizens and the professionals in education are inserted in this disproportionate framework, considering the current situation and the challenges faced.

Key-words: Education. Federal constitution. Law. Social right.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ampara todos os cidadãos brasileiros com o direito fundamental à educação. Segundo consta no artigo sexto: “são direitos sociais, a **educação**, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição” (BRASIL, 1988). No entanto, a realidade mostra uma configuração diferente da teoria. Nas escolas públicas é comum encontrar casos de falta de recursos e condições precárias de ensino. Desta forma, é evidente que um dos valores apregoados pela Constituição Federal é negligenciado.

É importante salientar que fatores tais como corrupção política, desvio de verba pública e falta de planejamento adequado fazem com que o desafio de escolarizar os jovens brasileiros de maneira qualitativa, igualitária e idônea torne-se ainda mais difícil. Segundo publicação do jornal Estadão: “os desvios descobertos pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), em parceria com a

Polícia Federal e o Ministério Público Federal, evidenciam como recursos destinados a essas duas áreas são especialmente visados por gestores municipais corruptos” (ESTADÃO, 2016).

Adicionalmente, segundo reportagem do jornal O Globo, o Ministério da Educação e Cultura teria descoberto, em 2010, o desvio de R\$ 1,2 bilhão em verbas para a educação básica. Em entrevista, Vander Oliveira Borges, o coordenador geral do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), defende que “se o dinheiro não é repassado na sua totalidade para a função especificada na lei, é um grande prejuízo para a educação básica” (O GLOBO, 2016). Desta forma, o desvelamento da realidade descrita acima motivou o presente trabalho. Portanto, é importante que certos subterfúgios sejam investigados a fim de entender esta preocupante problemática.

Faz-se mister apontar a realidade expressa na ineficiência e lentidão das instituições responsáveis pela gestão da educação como impeditivo para que se cumpra o valor constitucional discutido nesta introdução.

Infere-se, então, que ainda há entraves para garantir a solidificação de políticas que visem à construção de um país melhor. O presente trabalho busca, não só através de uma considerável pesquisa bibliográfica, mas sobretudo, a partir do recorte de uma escola estadual do estado do Rio Grande do Norte, através da fala de sete entrevistados, investigar como se dá a relação entre a escola e a verba pública. Trazemos a tona não só a ineficiência do Estado em cumprir um preceito Constitucional, mas também a realidade de quem precisa de uma escola pública de qualidade e não tem.

Nesse contexto, a partir da pesquisa feita *in loco*, foram realizadas entrevistas com estudantes e professores da escola pública. Foi descrito que verbas destinadas a reformas para melhoria do prédio, não se reverteram em resultados práticos, o que nos faz pensar para onde foi o montante destinado a tais melhorias e o que foi feito com ele, posto que visivelmente, não só a comunidade escolar mas também a quem visita a escola, onde melhorias não foram constatadas, na experiência e testemunho dos alunos.

A partir de uma melhor compreensão sobre a realidade, será possível promover um entendimento real e consciente desta problemática vivida diariamente por milhares de brasileiros.

1.2 EDUCAÇÃO COMO DIREITO SOCIAL

Promulgada pela ONU em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura a todos os indivíduos o direito à Educação, consagrado em seu art. XXII: "todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização (...) dos direitos econômico, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade (...) ". Porém, as relações entre as escolas públicas e o Estado se mostram complexas, uma vez que envolvem a esfera administrativa escolar, a Administração Pública, as famílias e o contexto de amadurecimento dos próprios alunos.

Essa convivência permeada por relações complexas por vezes apresenta óbices para que uma parcela da população desfrute desse direito universal na prática. Nas palavras de Canotilho (1993): "O entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema da sua efetivação." (p. 569). Diante disso, preliminarmente, vale avaliar a Educação como direito social fundamental.

Assim, a Constituição Federal, em seu artigo 6º, firma como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Na concepção de Moraes (2003), é destacada a importância dos direitos sociais na redução da desigualdade social e no amparo aos hipossuficientes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1.º, IV, da Constituição Federal. (p. 154)

Para Canotilho (1993): "Tal como são um elemento constitutivo do Estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático." (p. 456). Os direitos fundamentais serviriam como um ponto de referência dentro do sistema jurídico, fundamentando as demais normas da constituição.

Ainda, a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, apresenta uma lista de objetivos fundamentais da República, vigorando até 2010. Entre eles, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Para isso, a EC instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na esfera do

Poder Executivo Federal. Assim, esse fundo tem como escopo proporcionar o acesso democrático de todos os brasileiros a níveis de subsistência dignos, e seus recursos devendo direcionar-se às ações suplementares e programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida, por meio da educação, entre outros direitos sociais.

Somado a isso, o artigo 214 da Carta Magna introduz os objetivos constitucionais da educação. Nele, institui como competência do Congresso Nacional editar lei que estabeleça o plano nacional de educação, visando articular e desenvolver o ensino, bem como integrar as ações do Poder público que conduzam à: “erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; melhoria da qualidade do ensino; (...) formação para o trabalho”. Por fim, outros artigos que explanam os deveres do Estado com relação à Educação são 208, 209 e 210 da Constituição. Nas palavras de Moraes (2003):

A Constituição Federal proclama que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (p. 543)

Além disso, Canotilho (1993) traz, de maneira aprofundada, a perspectiva de que o reconhecimento de direitos sociais enquanto prestações sociais originárias é um mecanismo jurídico que busca viabilizar a dignidade humana e o princípio democrático:

O reconhecimento e garantia de direitos (...) sociais (...), a nível constitucional, é, pois, uma resposta à tese da impossibilidade de “codificação de valores sociais fundamentais” (*Soziale Grundrechte*) na Constituição e à tese do princípio da democracia social como simples linha da actividade(sic) do Estado. Por outro lado, não se trata de reconhecer apenas o direito a um “Standard mínimo de vida” (...) Trata-se de sublinhar que o status social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações sociais originárias como saúde, habitação, ensino — *ori-ginàre Leistungsansprüche*” (p. 569)

Para Canotilho, a efetivação dos direitos sociais, e entre eles, o da educação, se trata de uma verdadeira imposição constitucional, que legitima transformações econômicas e sociais, na medida em que essas se fizerem necessárias para que o referido direito seja concretizado. Por isso, conforme consta no artigo 206 da Constituição, se faz importante a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

Por fim, é designado pela Constituição Federal, com caráter de obrigatoriedade, que a União dedique, de sua receita advinda de impostos, todos os anos, nunca menos de

18% para fins de Educação. Já os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, devem direcionar no mínimo 25% da receita, na manutenção e no desenvolvimento do ensino, excluindo-se a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios⁵.

2 O DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO E A ESCOLA ESTADUAL SANTOS DUMMONT - RN

A Escola Estadual Santos Dummont, situada no município de Parnamirim, no Rio Grande do Norte, aprovou um projeto de ampliação e reforma das instalações físicas no ano de 2015. Orçado em R\$ 568.106,67 os recursos deveriam ser destinados às reformas no sistema elétrico, de drenagem e acessibilidade da escola (TV UNIVERSITÁRIA RN, 2018). No entanto, quatro anos depois da finalização das obras, se faz notar manifestações de estudantes sob alegação de “descaso total” com a infraestrutura (AGORA RN, 2018). Está problemática chamou a atenção do nosso grupo, que tomou o caso da reforma da Escola Santos Dummont como recorte para investigar a relação entre investimento público para a educação e a realidade vivida cotidianamente pelos usuários da rede de ensino pública.

Ainda com o orçamento de meio milhão de reais destinado à obra pelo Governo do Estado do Rio Grande do Norte, após a reforma estudantes reportam problemas como alagamento de salas em período de chuva, proliferação de insetos, deterioração do espaço físico da escola e problemas com a parte elétrica. Em entrevista ao jornal Agora RN (em matéria anteriormente citada), a diretora da escola, Neide Vieira, explicou que após a reforma foi recebida uma vistoria da Secretaria Estadual de Educação e Cultura, que constatou que as telhas ecológicas instaladas estão com validade vencida, além de outros problemas na estrutura do prédio que dificultam seu uso diário por parte dos estudantes e professores.

Adicionalmente, a perceptível falta de investimento em infraestrutura afeta diretamente a vida dos estudantes e professores, assim como a qualidade do ensino. Sem papel higiênico ou energia elétrica nos banheiros e com as salas de aula deterioradas, os alunos cobram que seja seguido o projeto inicial previsto para a reforma. Um dos alunos entrevistados por nós, estudante da Escola Estadual Santos

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Página 545.

Dummont, Matheus (17), reportou que: “Desde que eu estou aqui, desde 2013, nunca teve nem papel higiênico, nem nada. Se for para usar o banheiro aqui, tem que trazer de casa na bolsa”. Diante deste cenário, onde pode ser encontrado o valor constitucional do acesso democrático à educação?

Portanto, indubitavelmente, são necessárias medidas para resolver este problema, tanto por parte do poder público como da sociedade. Deste modo, buscamos o contato com a Escola Estadual Santos Dummont, no intuito de realizar entrevistas e ouvir esta parcela da população. De antemão, o mais importante é ressaltar a importância social e jurídica da temática, tendo em vista que a luta pela garantia dos direitos sociais é, de fato, um dos maiores desafios que ainda perdura na atualidade. Desse modo, pode-se afirmar que a garantia do direito à igualdade e à educação relatados no artigo 6º, respectivamente, da CF/88 ainda não são, de fato, efetivos.

No caso da Escola Estadual Santos Dummont, cuja estrutura comporta 2.400 alunos, o desdobrar da iniciativa de reforma e modernização do prédio chama atenção, tanto pelo histórico da escola, como uma das mais tradicionais do município de Parnamirim, quanto pelo montante investido pelo governo: R\$ 568.106,67.

Essa pesquisa objetivou analisar o investimento em educação pública através do recorte e estudo de caso acerca da reforma ocorrida em 2015. A importância do método das entrevistas se dá a partir do compartilhamento da experiência real dos alunos, professores e coordenadores, na intenção de que relatos individuais se costurem num discurso coerente e que chegue mais próximo da verdade dos fatos.

3 O DIREITO GARANTIDO

3.1 A Constituição Federal de 1988

A Constituição Cidadã ou a Constituição Federal de 1988, garante forte e explicitamente os direitos sociais e fundamentais. Nessa perspectiva, os direitos atrelados à educação são invioláveis, assegurando ao cidadão os mais positivos aspectos que a Lei poderia proporcionar. No que compete a educação, podemos ver claramente que é competência dos Estados garanti-la e que existem vários dispositivos que asseguram isso, sendo estes:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

No caso dos professores, é assegurado os meios para que se tenha uma boa estrutura para sua colocação no Estado, sendo que – por muitas vezes – algo deixa de ser garantido, a exemplo do plano de carreiras.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

V - Valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes pública

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Podemos observar que não é por falta de legislação que a realidade educacional pública do nosso país deixa muito a desejar, os direitos e garantias estão explícitos na nossa carta magna. No entanto, incompetência, falta de vontade e corrupção políticas são sérios entraves para que a constituição, de fato, faça-se valer e possa transformar a vida dos sujeitos sociais desde a sua mais tenra infância.

4 O SISTEMA DE ENSINO PÚBLICO

De acordo com a nossa Constituição Federal, a educação é direito de todos e um dever do Estado. Nosso país tem inúmeras escolas públicas, em sua maioria com problemas de infraestrutura, alunos com nível baixo de aprendizagem e um alto nível de defasagem. O art. 206, inciso VII, da Constituição Federal, diz que “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VII – garantia de padrão de qualidade” (BRASIL, 1988). Como já foi dito anteriormente existem diversos problemas dentro das escolas públicas dos quais se afastam desse padrão de qualidade, e se torna discrepante se comparado com uma escola particular, onde há estrutura e bom nível de ensino.

A cada dois anos o MEC (Ministério da educação e cultura) realiza uma prova com alunos que estão acabando o ensino fundamental 1 e 2, ou seja, alunos de 5º e 9º

ano. A chamada prova Brasil avalia o desempenho desses alunos em português e matemática.

Mais de 65% dos alunos brasileiros no 5º ano da escola pública não sabem reconhecer um quadrado, um triângulo ou um círculo. Cerca de 60% não conseguem localizar informações explícitas numa história de conto de fadas ou em reportagens. Entre os maiores, no 9º ano, cerca de 90% não aprenderam a converter uma medida dada em metros para centímetros, e 88% não conseguem apontar a ideia principal de uma crônica ou de um poema. Essas são algumas das habilidades mínimas esperadas nessas etapas da escola, que nossos estudantes não exibem (ÉPOCA, 2015)

Com a realização dessa prova fica claro perceber que existe alguns problemas que resultam em maus rendimentos dos estudantes de escolas públicas. A análise feita com a realização dessa prova também mostra que além dos elementos supracitados, o problema é ainda maior se for comparado os dados de alguns estados. Encontra-se nestes elementos grande desigualdade dentro das redes públicas dos diversos estados: “Os resultados revelam, no entanto, algo ainda mais perigoso que o baixo desempenho: a desigualdade. Enquanto em alguns Estados do Sul, como São Paulo e Santa Catarina, metade dos alunos tem aprendizado adequado em português, Estados como Alagoas e Maranhão não chegam a ter 20%” (ÉPOCA, 2015).

A igualdade é um dos elementos garantidos pela constituição e mesmo assim é ignorado, não só com relação a rede privada e a pública, mas entre as próprias escolas públicas se estabelece situações de desigualdade.

No ensino médio a dificuldade é ainda maior, ocasionada pelas dificuldades dos anos passados. É muito mais fácil um aluno da rede privada entrar numa universidade pública do que um da rede pública, que tem pouca base para passar no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), que é tão concorrido. Há uma série de dificuldades que acarretam ainda mais problemas. A constituição diz que a educação visa, dentre algumas coisas, a qualificação para o trabalho. Porém, um aluno que estudou na rede pública a vida inteira por não ter tido condições financeiras para realizar seus estudos em uma escola privada, dificilmente conseguirá ingressar em uma universidade pública, bem como não terá condições de manter-se numa universidade particular. Desse modo, o futuro profissional desse cidadão está seriamente comprometido em razão da sua baixa qualificação acadêmica.

A base de tudo – disciplinas comuns como são o português e a matemática –

apresenta-se extremamente precária no ensino fundamental, agravando-se, nitidamente, no ensino médio frente à ausência de recursos. O aluno não tem tempo hábil para aprender tudo que deveria ter aprendido nos anos anteriores em apenas três anos de ensino médio. De acordo com o publicado pelo Estadão (EXAME, acesso em 24/11/18), “A nota dos estudantes em 2017 no Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb), exame oficial cujos dados foram divulgados ontem, é mais baixa do que a registrada em 1997”. Percebe-se que vem caindo, cada vez mais, o desempenho nas disciplinas citadas, quando o mais lógico seria que com o desenvolvimento da sociedade a educação também se desenvolvesse.

Os resultados mostram que sete em cada dez estudantes do ensino médio tiveram desempenho insuficiente nas duas disciplinas. Isso significa que os jovens, na maioria entre 14 e 17 anos, não conseguem identificar informações explícitas em uma receita culinária ou calcular um porcentual. Em Português, a média em 20 anos foi de 284 pontos para 268 pontos (em uma escala de zero a 500). Já em Matemática o recuo foi de 289 pontos para 270 pontos. E, em todo o período, as oscilações do resultado nunca ultrapassaram o desempenho de 1997. Além disso, a distância entre a rede particular e a pública aumentou (ESTADÃO, 2018)

5 PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO (PEE)

O Plano Estadual de Educação (PEE) do RN foi apresentado pela Secretaria de Educação e Cultura (SEEC) para demonstrar as intenções da gestão para os anos de 2015 – 2025. É importante destacar a análise situacional das medidas que são resguardadas como as melhores diretrizes e desenvolvimento da educação. No art. 2 do PEE, ele estabelece as dimensões essenciais e estratégicas para melhoria do ensino como: II - Qualidade da educação básica: condições de aprendizagem, avaliação e melhoria do fluxo escolar; V - Valorização dos profissionais da educação.

Na meta 3 do PEE, fica claro quais são as estratégias propostas a partir de 2016, com ressalva para sua descrição, na qual diz que é preciso elevar o atendimento educacional para a população de 15 até 17 anos e, até o final da vigência dessa PEE o número de matriculados nas escolas tende a ser elevado a 85%. Algumas das estratégias são:

4 - Assegurar recursos estaduais destinados à infraestrutura com salas ambiente e outros espaços de aprendizagem na escola, tais como: laboratório de informática, ciências da natureza, matemática, linguagens, bibliotecas, salas

de leitura, sala de recurso multifuncional, auditório, sala audiovisual, sala de recursos pedagógicos para professores.

7 – Implementar uma política de assistência estudantil aos estudantes, em todas as séries do Ensino Médio, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, de transporte, de alimentação e de assistência à saúde. 10 – Promover políticas de proteção aos estudantes que vivenciam situações de discriminação, preconceitos e violências, práticas irregulares de exploração do trabalho, consumo de drogas, gravidez precoce, junto às famílias e em parceria com órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à adolescência e à juventude.

Mediante os estudos que realizamos para tal efeito, percebemos que os citados acima não são cumpridos como deveriam e, quando são, se dão de forma superficial, como foi abordado mais precisamente no curso dessa pesquisa.

6 A REALIDADE DO SISTEMA DE ENSINO PÚBLICO NO RN

O ensino público do Rio Grande do Norte vem decaindo através dos anos. De acordo com pesquisas feitas pelo IDEB (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica), em 2017 o RN chegou a ter o terceiro pior desempenho no ensino médio do país (G1 RN, 2018). O estado não consegue alcançar a meta desde 2013, sendo ela de 4.0 em 2017, chegando apenas a alcançar 3.3 no ano citado.

Não só visando a questão de ensino, mas também a falta de valorização dos professores, que já não ganham bem e ainda sofrem com seus salários atrasados e são obrigados a reivindicar seus direitos através de greves, o que acaba por prejudicar ainda mais os alunos, que atestam que mesmo com o compromisso firmado de reposição dos dias de aula perdidos, estas nunca são repostas a contento. Deixando a sensação, entre os estudantes, de um déficit acadêmico. Juntamente com o desvio de verbas, a falta de planejamento se põe no caminho de um sistema escolar público mais eficiente. Em outra entrevista que realizamos, na Escola Estadual Santos Dummont, o professor Francisco Barros, de matemática, afirmou que, para além da corrupção, uma das maiores dificuldades na relação entre os professores e os órgãos reguladores do governo é a programação com relação as datas de entrega de projetos:

A parceria entre a escola e o Governo do Estado acontece, nos últimos anos tem tido um melhor acompanhamento e uma melhor sintonia entre as escolas e o governo. No entanto, algo que eu acho extremamente prejudicial à vida diária da escola é o fato de chegar as coisas muito em cima da hora. (...) As coisas chegam muito atropeladas, o Estado precisa melhorar muito nesse sentido. (...) precisam antecipadamente trabalhar todo esse aspecto

burocrático e chegar às escolas em tempo hábil para que toda essa ação seja válida, porque se chegar em cima da hora toda essa ação pode se tornar inválida ou sem sentido.

Ademais, a falta de infraestrutura também vem prejudicar o aprendizado dos alunos. Através da pesquisa de campo realizada foi possível perceber os diversos problemas desse quesito na escola visitada. Por exemplo, pudemos visualizar que a escola tem grande potencial estrutural, se não fosse pela má construção e falta de investimento na mesma. A escola conta com diversos laboratórios, porém, sem nenhum equipamento (apenas com alguns materiais levados pelos próprios professores) e outros que servem até mesmo de depósito; a biblioteca tem um bom espaço, porém, não contém tantos livros e o local é muito quente. Tudo isso influencia para que a escola venha a ter um baixo índice de aprendizagem, pois, dentre as dificuldades que enfrenta está a falta de uma base estrutural para a realização de uma atividade educacional de qualidade.

Além das dificuldades com a estrutura física, se nota imperiosa a necessidade de desenvolvimento de uma consciência coletiva, de zelo pela coisa pública, e de cuidado com o próximo. Pudemos entender que as grandes decisões começam nas esferas menores, na fala da professora Leônia Sá:

Esse livro é do Governo Federal, emprestado ao aluno. Então ele tem que ter a noção de que aquele livro é público. Então se você é estudante e não tem esse cuidado com um livro, como ele vai agir quando vir uma mala de dinheiro? No dia que alguém chegar pra esse aluno e disser: “o dinheiro destinado a esta obra, vamos deixar só uma parte pra ela e ratear o resto entre a gente, como ele vai dizer não?”. Se você não teve um cuidado com um livro que era de graça, como vai ter cuidado com um volume de dinheiro?

No entanto, mesmo com os grandes desafios apresentados, é imprescindível não desistir da educação. Nas palavras do professor entrevistado Francisco Barros:

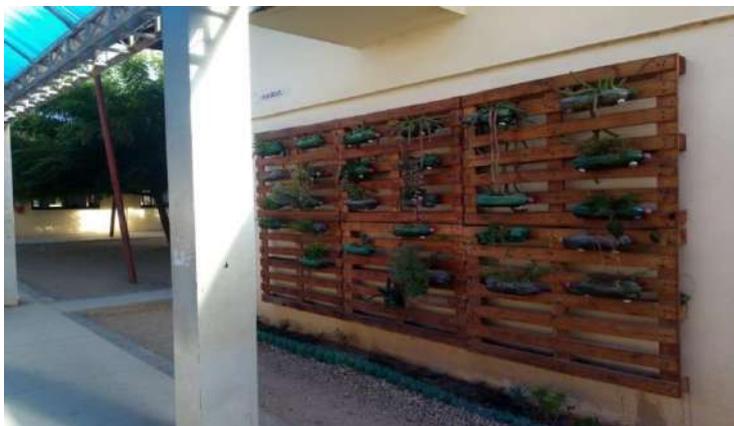
Educação é o instrumento mais poderoso que nós temos para mudar qualquer nação. Todas as nações civilizadas do mundo que evoluíram e que chegaram ao *status* que estão hoje, como a França, em que a média de leitura é de oito livros/ano por cidadão, e tantas outras nações como Finlândia e outras, só chegaram onde chegaram graças à um instrumento poderoso chamado Educação. A Educação é o único instrumento capaz de nós mudarmos qualquer sociedade. Através dela, todos os outros seguimentos melhoram. Eu credito muito na Educação.

Desta forma, fica evidente que o processo de desenvolvimento e evolução para uma educação pública de qualidade depende de um esforço conjunto, tanto da sociedade civil como do Estado. Porém, entendemos que é, sobretudo, de responsabilidade deste último a garantia das condições sociais e legais para que o valor constitucional da educação no Brasil seja respeitado e ampliado a todos os seus cidadãos.

7 A ESCOLA

A Escola Estadual Santos Dumont, situada em Parnamirim/RN, conhecida como escola de Base, por ter sido construída dentro da Base Aérea da cidade de Parnamirim, tinha mais apoio estrutural e organização quando dentro da instituição militar. Mudando para o novo prédio, que já havia sido utilizado por outra entidade escolar, se deparou com diversos problemas estruturais. Apesar da escola ter se tornado espacialmente maior, a qualidade e renome que a mesma havia construído decaiu um pouco com o passar do tempo. Diante dos desafios estruturais e da falta de incentivo tanto do Estado, quanto de alguns professores, o que ainda mantém a escola com um nome respeitado e de prestígio na cidade ainda é a qualidade do aluno e o amor à profissão de alguns professores que, mesmo com todos os problemas, criam projetos para incentivar seus estudantes e tentam fazer o que podem pelos mesmos.

Figura 1 Jardim suspenso: projeto ministrado pela professora de biologia, Leônia de Sá.



Fonte: Allana Laryssa.

A escola conta com muitos professores dedicados que fazem de tudo para que seus alunos progridam no mundo acadêmico, realizando diversos projetos interdisciplinares para que os alunos exercitem várias áreas de conhecimento.

O professor de matemática, Francisco Barros, comentou um pouco sua visão sobre a relação que a escola mantém com o estado, dizendo que o Estado é desorganizado em relação a calendários o que prejudica no âmbito escolar e não só a escola como também a sociedade se vê prejudicada, pois como o mesmo disse: “se a escola está doente, a sociedade também está doente”.

A escola conta com cerca de 600 alunos em cada turno (manhã e tarde). Em uma escola com essa quantidade tão grande de alunos deveria haver um maior suporte de funcionários na coordenação para amparar toda a demanda. O que não acontece, de acordo com o que disse uma das coordenadoras pedagógicas, Regina Lúcia, formada em pedagogia. Segundo ela, há pouco incentivo por parte do Estado e para suprir isso é essencial o trabalho em equipe. Além disso, não só ela, mas também alguns alunos nos informaram que não há tanto avanço tecnológico na escola. Na sociedade atual em que vivemos, rodeados de tanta tecnologia, principalmente próxima dos jovens, esse aparato tinha que ser usado a favor da educação. A escola conta apenas com dois projetores que funcionam, tendo 18 turmas, o que se torna desproporcional, dificultando ainda mais o trabalho dos docentes e o aprendizado dos discentes.

Lei 9.394

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

- I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
- II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;
- III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

A estrutura da escola carece de diversos reparos. Sem falar apenas no âmbito da construção, também existem diversos problemas na rede elétrica e em relação a água e a merenda. Já ocorreu de não ter aula por falta de água ou merenda, bem como de ventiladores que chegaram a pegar fogo dentro das salas de aula.

Figura 2 Projeto Sociedade dos Poetas vivos, ministrado pela prof. de língua portuguesa Vânia Pinheiro.



Fonte: página “Sociedade dos Poetas Vivos SD” no Facebook.

Figura 3 Projeto interdisciplinar desenvolvido pela professora de artes Jéssica de Pádua com ajuda de outros docentes.



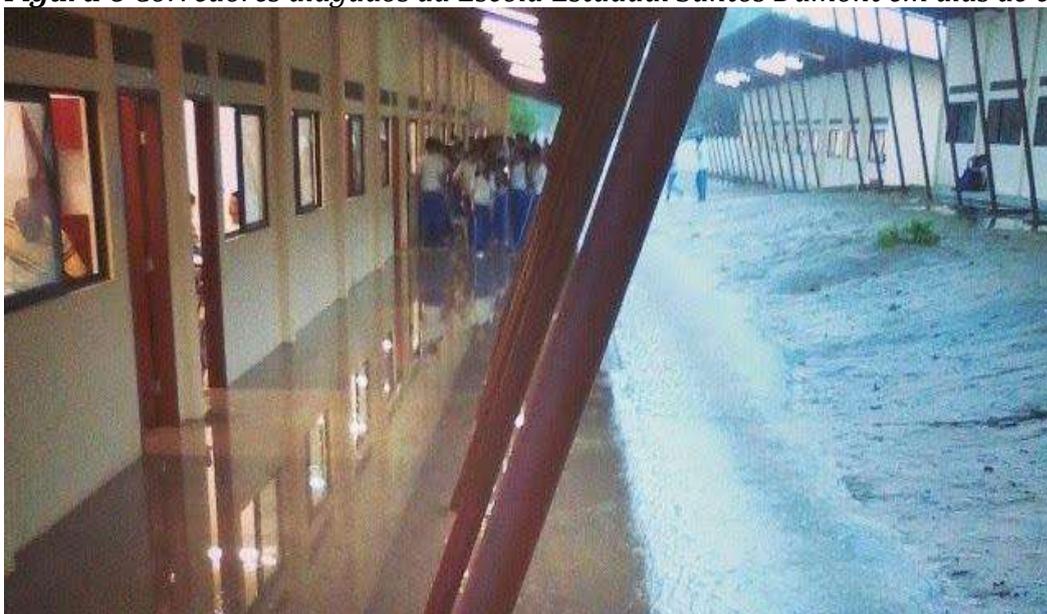
Fonte: página da Escola Estadual Santos Dummont no Facebook.

Figura4 Um dos laboratórios da escola, inutilizado.



Fonte: Allana Laryssa

Figura 6 Corredores alagados da Escola Estadual Santos Dumont em dias de chuva.



Fonte: Allana Laryssa.

Figura 7 Situação da Escola Estadual Santos Dummont pós chuva.



Fonte: Allana Laryssa.

Figura 8 Aluna vencedora do concurso de redação.



Fonte: Allana Laryssa.

Porém, diante de todos os problemas vivenciados na escola, seus alunos ainda conseguem se destacar academicamente. No ano de 2018 teve 53 alunos do 3º ano do ensino médio aprovados no Enem por meio do SISU (Sistema de Seleção Unificada do Ministério da Educação), sem contar os vários estudantes que obtiveram bolsas usando suas notas por meio do ProUni (Programa Universidade para Todos, também do Ministério da Educação), e ainda houve diversos alunos do 9º ano aprovados no

Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN). Em 2016, no ano em que ocorreu as olimpíadas no Brasil, aconteceu um concurso de redação para ser escolhido um aluno para carregar a tocha olímpica quando ela viesse a Natal e uma das alunas da escola obteve essa conquista, fazendo toda comunidade escolar se sentir orgulhosa.

8 CONCLUSÃO

Diante da pesquisa desenvolvida no presente trabalho, após a visita à escola e ouvir os relatos dos alunos Matheus (16), Jorge (17) e Esteicy (18), da coordenadora Regina Lampreia e dos professores Francisco Barros e Leônia Sá, é possível concluir que ainda há entraves para garantir a solidificação de políticas públicas que visem à construção de uma estrutura educacional pública de qualidade. O universo da educação básica no Brasil é complexo e superar seus desafios envolve o compromisso do governo, dos alunos, dos familiares e do corpo docente, com o conteúdo, a aprendizagem e a socialização saudável. Faz-se mister uma melhor organização pedagógica e administrativa das instituições, tanto por parte do Governo quanto do lado das escolas. Portanto, é necessário o esforço colaborativo!

A falta de cuidado com o material escolar, que é emprestado pelo governo aos alunos, reflete na deterioração gradual do patrimônio público; a desorganização da coordenação afeta alunos e professores; e o desinteresse de alunos afeta a motivação dos professores, que está ligado à qualidade do ensino.

Lei 9394

Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

II - administrar seu pessoal e seus recursos materiais e financeiros;

Sumariamente, cada classe apresenta demandas específicas que vão além do valor financeiro – e isto representa boas e más notícias. Grande parte da demanda profissional e estudantil deixa de ser realizada por falta de insumos ou apoio governamental, mesmo que assegurado na lei **Nº 9.394** que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do

seu sistema de ensino, terão a incumbência de:
 III - assegurar o cumprimento dos dias letivos e horas-aula estabelecidas;
 IV - velar pelo cumprimento do plano de trabalho de cada docente;
 V - prover meios para a recuperação dos alunos de menor rendimento;

A boa notícia é a de que é possível fazer uma educação básica pública mais qualitativa, apesar dos poucos recursos. Os fatores mencionados acima – consciência coletiva, eficiência, organização, foco e empenho, além de atenção e zelo pelo próximo, atrelados ao acompanhamento das famílias, podem fazer – e já fazem – uma diferença tremenda no dia a dia das escolas. A má notícia é que todo este trabalho duro só consegue ir até certo limite – investimento na Educação continua sendo necessário para garantir um mínimo de conforto e condições dignas de estudo e aprendizagem com qualidade. Temos, então, um trabalho humano (pedagógico, psicológico e administrativo) a ser desenvolvido e um trabalho financeiro (investimento público) a ser potencializado, fiscalizado e garantido de maneira transparente. Profissionais capacitados e comprometidos são, mais do que nunca, necessários para a garantia de uma Educação básica de qualidade ao ensino público no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGORA RN. Estudantes protestam contra instalações precárias na escola estadual Santos Dumont. Disponível em < <http://agorarn.com.br/cidades/estudantes-protestam-contra-instalacoes-precarias-na-escola-santos-dumont/>>. 2017. Acesso em: 24 nov 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 nov 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

ESTADÃO. Brasil completa 20 anos sem avanço no ensino médio. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-completa-20-anos-sem-avanco-no-ensino-medio/>>. 2018. Acesso em: 24 nov 2018.

ESTADÃO. 70% dos desvios nas cidades afetam a saúde e a educação. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/70-dos-desvios-nas-cidades-afetam-a-saude-e-a-educacao/>>. 2016. Acesso em: 22 nov 2018.

ÉPOCA. O ensino público no Brasil: ruim, desigual, estagnado. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/01/bo-ensino-publico-no-brasilb-ruim-desigual-e-estagnado.html>>. 2015. Acesso em: 24 nov 2018.

G1 RN. RN não atinge meta do IDEB e tem o terceiro pior desempenho no ensino médio do país. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2018/09/04/rn-nao-atinge-meta-do-ideb-e-tem-o-terceiro-pior-desempenho-no-ensino-medio-do-pais.ghtml>>. 2018. Acesso em 24 nov. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RIQUENA, Ricardo. **Metodologia do trabalho científico**. Manaus, AM: Sodecam, 2013.

SECRETARIA DA EDUCACAO E DA CULTURA. Plano Estadual de Educação do Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://adcon.rn.gov.br/ACERVO/seec/DOC/DOC000000000103587.PDF>>. 2016. Acesso em: 24 jan. 2019.

SILVEIRA, Denise Tolf. **Métodos de pesquisa**. 1 ed. Porto Alegre, RS: Editora da UFRGS, 2009.

TV UNIVERSITÁRIA. Atraso das aulas da Escola Santos Dumont, em Parnamirim. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2Fna46K_m8Y>. 2016. Acesso em: 24 nov 2018.

O GLOBO. MEC descobre desvio de 1,2 bilhão em verbas para educação básica. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2010/05/mec-descobre-desvio-de-r-12-bilhao-em-verbas-para-educacao.html>> 2010. Acesso em: 22 nov 2018.

MIGRAÇÕES E O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: REFLEXÕES ACERCA DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES

Vanessa Cristina Diógenes Estevam¹

Marcelo Maurício da Silva²

RESUMO

A ultrajante realidade vivenciada pelos trabalhadores migrantes, subjugados às piores formas de trabalho, impulsiona o estudo das tutelas que os resguardam. Dessa forma, o presente artigo tem como intuito central discorrer acerca das salvaguardas jurídicas aplicáveis aos migrantes em condição de escravidão contemporânea. Para isso, convém expor os principais conceitos e uma breve síntese do contexto atual dos fluxos migratórios, apresentar as causas e expor quais as vulnerabilidades em que os trabalhadores migrantes são submetidos, e diante do atual cenário pandêmico elucidar os danos e desafios enfrentados. Não obstante, pretende-se analisar a legislação à luz do princípio da dignidade e discorrer sobre o direito de migrar. Trata-se de uma pesquisa teórica que se dedica a identificar os fatores que contribuíram para a ocorrência do fenômeno e listar as salvaguardas, com abordagem qualitativa apresentando os resultados obtidos através da leitura sobre o tema abordado. À vista disso, conclui-se que essa realidade necessita de visibilidade, e requer proteção adequada e regulação dos direitos desses trabalhadores, merecendo não só a inegável atenção da legislação, mas da sociedade como um todo que deve atentar para a gravidade da exploração a que muitos desses trabalhadores são submetidos. Portanto, reafirma-se que apenas diante de uma mudança de paradigma é possível vislumbrar a possibilidade de erradicar esse fenômeno.

Palavras-chave: Trabalhadores migrantes. Vulnerabilidades. Escravidão.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN) E-mail: vanessadiogenese@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN) E-mail: marcelomauricio@unirn.edu.br

MIGRATION AND CONTEMPORARY SLAVE LABOR: MIGRANTS WORKERS RIGHTS REFLECTIONS

ABSTRACT

The astonishing reality experienced by migrant workers who are subjugated by the worst conditions of labor, directs and boosts the study to achieve the ways for their better protection. The present article has the purpose of discussing the legal protections intent to slavery conditions migrants by exposing the main concepts and a brief synthesis about migratory flows context, presenting the causes and vulnerabilities that every single migrant worker faces as personal damages and social challenges, especially in current pandemic world scenario. The intention is to analyze the dignity principle law and to discuss the right to migrate. It is a theoretical research dedicated to identify the main factors of migrants slavery phenomenon and listing the safeguards and results by a massive literature reading about the topic. Therefore, concludes this reality needs visibility and cries out for convenient protection and special regulation movement by demanded legislators in identifying the migrant workers rights, and recognition by the whole society mainly on point of their exploration severity. So, it is clear that paradigm will only change by social development.

Keywords: Migrant workers. Vulnerabilities. Slavery.

1 INTRODUÇÃO

Uma realidade para muitos invisível e paralelamente nítida, escancarada aos olhos de todos, presente nos interiores, nas mineradoras, nas fazendas, nas cidades, nas confecções e até mesmo nos semáforos. Os trabalhadores migrantes são parcela considerável da sociedade e o fenômeno da escravidão contemporânea tem atingido muitos desses trabalhadores. A escravidão persiste enquanto houver pobreza extrema, e diante da pobreza, a vulnerabilidade dessas pessoas as subjugam, impondo-lhes qualquer condição para sobreviver.

A reflexão proposta pelo presente estudo versa sobre os trabalhadores migrantes e a análise dos mecanismos de defesa existentes que garantem a proteção

desses trabalhadores, se pautará ainda em torno da reflexão acerca dos fatores de vulnerabilidade que os levam a se tornarem alvos da escravidão contemporânea.

Assim, a pesquisa tem como intuito central compreender esse fenômeno e a relação com os trabalhadores migrantes, observando as causas e fatores que influenciam a serem objetos dessa lamentável realidade, bem como discorrer acerca das salvaguardas jurídicas aplicáveis aos migrantes em condição de escravidão.

Para isso, convém discorrer sobre os principais conceitos e realizar uma breve síntese do contexto atual dos fluxos migratórios, apresentar as causas e expor quais as vulnerabilidades em que os trabalhadores migrantes são submetidos, e elucidar o atual cenário pandêmico com o iminente agravamento das explorações e piora das condições de trabalho.

Em seguida, será realizada uma análise da legislação brasileira e instrumentos normativos internacionais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais fundamentos constitucionais e trabalhistas, tendo como enfoque a discussão sobre direito de migrar, a liberdade de locomoção, e ao trabalho digno e equilibrado.

Trata-se de uma pesquisa de referencial teórico de cunho empírico e documental que se destina a estudar os fatores de vulnerabilidade que influenciam a conjunção do fenômeno pesquisado, realizada por fontes bibliográficas e a utilização de dados disponibilizados nos sites da Organização das Nações Unidas e da Organização Internacional para as Migrações, bem como a análise das Convenções da ONU e da Organização Internacional do Trabalho que versam sobre a temática, a legislação existente e a reflexão da situação dos trabalhadores à luz do princípio da dignidade humana.

Diante disso, o tipo em que a pesquisa se apoiará é em uma abordagem metodológica qualitativa e a aplicação do método hipotético dedutivo, no sentido de que será explorada uma hipótese e um princípio geral para ponderar o caso, qual seja, a atual situação dos trabalhadores migrantes.

Em suma, a pesquisa pretende balizar os fatores que suscitam essa ultrajante realidade, que se reafirmam com a ausência de reconhecimento de direitos igualitários que ainda perduram na sociedade e ofendem os direitos desses trabalhadores que se situam em situação de fragilidade. Isto posto, demonstra-se a necessidade de garantir a proteção adequada desses trabalhadores, para que não mais se submetam a tal prática, sendo essencial analisar o atual cenário vivenciado e refletir sobre as violações sofridas.

2 MIGRAÇÕES E MIGRANTES

O fenômeno da mobilidade humana sempre esteve presente no cenário mundial. Assim, antes de adentrar na discussão acerca da problemática do presente artigo, faz-se necessária uma breve síntese do contexto atual dos movimentos migratórios e esclarecer conceitos fundamentais que estarão presentes ao longo da pesquisa.

Historicamente, nos mais diversos momentos os seres humanos destinam-se a migrar por inúmeras razões, tendo como objetivo em comum de todas épocas a busca por melhores condições de vida, sendo essa uma das maiores características da humanidade.

2.1 MIGRAÇÕES

À vista disso, o homem como ser manifestamente migratório, em face do cenário de expansão dos fluxos migratórios, impulsionados por a crescente globalização, envolvendo milhões de pessoas anualmente, tornam-se cada vez mais recorrentes as alterações de diversos setores sociais, tanto nos aspectos demográficos como nos setores econômicos, culturais, sociais e áreas correlatas de grande parte dos Estados internacionais, como assevera o Relatório da Organização Internacional para as Migrações – OIM (ONU, 2020), gerando a necessidade de discutir sobre uma possível reestruturação da tutela dos Estados em relação às pessoas que migram.

As movimentações migratórias são motivadas por diferentes razões, segundo o Relatório da OIM (ONU, 2020) ocorreram inúmeras transformações no cenário migratório que influenciaram os fluxos nos últimos anos. Diante disso, é válido considerar os inúmeros fatores que levam as pessoas que estão migrando a decidir mudar de destino, o relatório enumera alguns episódios marcantes dos últimos anos:

La triste realidad es que en los dos últimos años hubo importantes episodios de migración y desplazamiento, que causaron grandes dificultades, traumas y pérdidas de vidas. Los principales fueron los desplazamientos de millones de personas a raíz de conflictos (por ejemplo, dentro y hacia fuera de la República Árabe Siria, el Yemen, la República Centroafricana, la República Democrática del Congo y Sudán del Sur) y a raíz de situaciones de violencia extrema (como la ejercida contra los rohinyá, que tuvieron que ponerse a salvo en Bangladesh) o de grave inestabilidad económica y política (como la que afectó a millones de venezolanos). También se observó un creciente reconocimiento de los efectos del cambio climático y medioambiental en la movilidad humana (con casos de migración/reubicación y desplazamiento planificados), en parte en el marco de

los esfuerzos mundiales y los mecanismos de política internacionales para hacer frente a las repercusiones más amplias del cambio climático . En 2018 y 2019 hubo desplazamientos masivos causados por imponderables climáticos y por las condiciones meteorológicas en muchas partes del mundo, entre ellas, Mozambique, Filipinas, China, la India y los Estados Unidos de América. (Organização Internacional para as Migrações, 2020, pg. 2)³

Nesse sentido, Farena (2009) diante da discussão relacionada às motivações e fatores os quais levam as pessoas a migrar, aduz ser necessário considerar tanto os fatores econômicos, como sociais, políticos e também os fatores ambientais, que possam efetivamente influenciar nesta decisão, sendo possível inferir que não é apenas uma única razão que fomenta a decisão da partida (FARENA, 2009).

Em breve comparativo com as motivações dos grandes movimentos das gerações passadas, é possível notar que não houveram grandes mudanças com os motivos percebidos atualmente, a pesquisadora lista como motivos dos movimentos migratórios de outras épocas os conflitos, as perseguições étnicas e religiosas, a fome, as conquistas e invasões, dentre outros que levaram muitos a deixarem seu lugar de origem e buscar outros destinos que pudessem assegurar sua sobrevivência.

Nesse panorama, pode-se inferir que as causas que motivaram e ainda motivam a migração sempre foram inúmeras, no entanto uma dessas causas coincide: a necessidade de buscar um destino que oportunize a garantia da dignidade humana, vez que situações que manifestamente violam a dignidade representam as maiores motivações dos deslocamentos das pessoas.

Assim, é oportuno refletir diante do conceito de migração estabelecido pela Organização Internacional para as Migrações - OIM que define migração como o fenômeno da movimentação de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, dentro das fronteiras nacionais ou internacionais, sendo um movimento de caráter populacional.

Logo, percebe-se que a definição assume caráter mais genérico e extensivo, englobando os migrantes voluntários, os forçados, os refugiados e pessoas em situação de deslocamento, como também não discrimina as migrações internacionais e nacionais,

³ A triste realidade é que nos últimos dois anos houve episódios significativos de migração e deslocamento, que causou grandes dificuldades, trauma e perda de vidas. Os principais foram deslocamento milhões de pessoas como resultado de conflitos (por exemplo, dentro e fora da República Árabe da Síria, Iêmen, República Centro-Africana, República Democrática do Congo e Sudão do Sul) e seguintes situações de extrema violência (como a exercida contra os Rohingya, que precisavam ser seguros em Bangladesh) ou séria instabilidade econômica e política (como a que afeta milhões de venezuelanos). Maior reconhecimento dos efeitos das mudanças climáticas e ambientais sobre a mobilidade humana (com casos planejados de migração / realocação e deslocamento), parcialmente dentro da estrutura esforços globais e mecanismos de política internacional para lidar com as repercussões mudança climática mais ampla. Em 2018 e 2019, houve deslocamentos maciços causados por imponderáveis condições climáticas e climáticas em muitas partes do mundo, incluindo Moçambique, Filipinas, China, Índia e Estados Unidos da América. (tradução livre)

representando uma evolução para o reconhecimento indistinto de todos esses a seguir elucidados.

2.2 MIGRANTES: QUEM SÃO?

No romance de José María Arguedas, "Os Rios Profundos" (2005), os personagens principais estão constantemente em deslocamento, vivendo transições não só territoriais, mas também migrando entre culturas sem abandonarem a de origem, vivendo ambas em paralelo. Os personagens retratam a figura dos sujeitos migrantes, no sentido genérico do termo.

Em sentido amplo, utiliza-se a definição do termo migrante para se referir a todo aquele que entra ou que sai do país. No entanto, existem termos específicos a serem abordados, exemplo imigrante para aquele que entra em um país com objetivo de permanecer, seja temporariamente ou definitivamente, e no que se refere a saída, o termo adequado é emigrante.

Outra distinção conceitual interessante se refere às migrações internas ou nacionais, sendo o movimento dentro do país ou região a qual se encontra o migrante, o movimento entre divisas; e as migrações externas ou internacionais, que ocorrem entre países, sendo caracterizado como o movimento para além das fronteiras.

Importa esclarecer também em relação a migração forçada e voluntária. Jubilut e Apolinário (2010) discorrem que o que diferencia ambas são as motivações que levam as pessoas migrar, sendo migrante voluntário aquele que livremente decide migrar, por fatores alheios convenientes, sem sofrer qualquer coação, a exemplo as pessoas que buscam melhores condições e oportunidades de trabalho em outra região ou país (JUBILUT E APOLINÁRIO, 2010).

No que diz respeito a migração forçada, representam a maioria dos fluxos, os autores ainda discorrem e definem como critério de distinção em relação à migração voluntária a ausência do elemento volitivo do deslocamento, sendo na maioria dos casos inexistente ou minimizado, relatam sobre a abrangência de inúmeras situações que motivam o necessário deslocamento, citam os conflitos violentos que ocorrem internamente, as graves violações na esfera dos direitos sociais e econômicos, os desastres ambientais, como também as perseguições sejam religiosas, políticas, étnicas, sociais que abarcam a situação dos refugiados.

Ainda em relação a esse conceito, Farena (2009) delibera que o que irá diferenciar a migração forçada de uma voluntária é que na primeira está em jogo a necessidade, sendo necessário assegurar a própria sobrevivência com a saída do país de origem para um destino muitas vezes totalmente desconhecido, e na segunda é a vontade, a decisão de migrar não envolve condições de risco, não há algo que impeça de permanecer, o ato de migrar seria motivado pela busca de aumentar a qualidade de vida, por oportunidades de trabalho, e a análise parte dos benefícios que a partida poderá proporcionar (FARENA, 2009).

Essas pessoas podem ainda assumir o papel de migrantes regulares ou irregulares, uma vez que em cada país, se estabelece legislação com critérios e condições para a permanência temporária ou definitiva do indivíduo que esteja migrando, sendo necessário que cumpram os requisitos para a efetiva regularidade da sua permanência e consiga a autorização para se manter no país.

Para melhor compreensão, são migrantes regulares aqueles que possuem a autorização para permanecerem e também conhecidos como documentados ou os com papel; aqueles que não têm a autorização, muitas vezes utilizam de meios para entrarem e permanecerem de forma clandestina no país, estes são conhecidos como irregulares, são os migrantes sem papel, e que comumente são em grande maioria os alvos da exploração.

Outra distinção conceitual válida refere-se ao termo refugiado, diferente do que a mídia em grande parte publica refugiado não é sinônimo de migrante, essa confusão conceitual gera muitas vezes a distração para questões importantes. A Organização das Nações Unidas atenta que o uso dos conceitos de forma equivocada poderá enfraquecer o apoio aos refugiados que precisam de proteção, e que há uma importante característica que distingue os dois: a perseguição sofrida por uns que não permite que voltem ao seu país de origem. (ONU, 2019)

A Convenção relativa ao Estatuto de Refugiados de 1951 em seu artigo 1º conceitua refugiado como aquele que:

(...) temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (Organização das Nações Unidas, 1951)

Dessa forma, o principal aspecto que diferencia o refugiado do migrante forçado é a condição de perseguição a qual o refugiado está exposto. Enquanto o refugiado é vítima de uma perseguição seja por motivação racial, étnica, política, social ou cultural, o migrante forçado sofre a violação dos seus direitos sociais ou econômicos, e devido a isso migram. (FARENA, 2009)

Assim sendo, consideram-se migrantes socioeconômicos aqueles que devido a violações na esfera econômica e social se veem obrigados a se retirar do país devido ao risco de vida em que são submetidos caso escolham permanecer. Essa situação narrada é a realidade de muitos trabalhadores migrantes, que acabam sendo forçados a saírem dos seus países para garantir a própria subsistência e a dos familiares.

No mais, considerando o enfoque da pesquisa, é necessário observar o que elucida a Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versa sobre as migrações em condições abusivas e à promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes, e caracteriza os trabalhadores migrantes como: “(...) uma pessoa que emigra ou emigrou de um país para outro com o fim de ocupar um emprego não por conta própria; compreende todo e qualquer indivíduo regularmente admitido como trabalhador migrante” (OIT, 1975).

Nesse sentido, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias ao conceituar o trabalhador migrante explica é “a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional (ONU, 1990)”. Assim, observa-se a evolução do conceito com a ampliação que abrange não só os trabalhadores regulares como também os irregulares.

Pois bem, a referida convenção assume um papel importante, visto que realiza distinções e classifica os tipos de trabalhadores que se aplicam ao disposto, como também os que não se aplicam, dessa forma ao especificar quem seriam os trabalhadores e os membros da família os quais estão protegidos, é possível o reconhecimento desses sujeitos e dos seus direitos. No entanto, no que tange a legislação brasileira, não há no ordenamento jurídico uma definição específica de quem seriam os trabalhadores migrantes, essa lacuna diante da amplitude do conceito de trabalhador migrante é um fator agravante, visto que gera a relativização dos direitos desses trabalhadores.

Ademais, a reflexão proposta pelo presente artigo versa ainda sobre a relação entre os trabalhadores migrantes e os fatores que levam a se tornarem alvos da escravidão contemporânea. Suzuki e Plassat (2020) ao discorrer sobre os trabalhadores escravos explicam que são pessoas que possuem baixa renda e, por isso, são suscetíveis a serem ludibriados por falsas promessas de aliciadores para aceitarem as mais diversas violações no trabalho, pois acreditam na máxima que qualquer emprego é melhor do que nenhum (SUZUKI E PLASSAT, 2020).

Muitos desses são migrantes internos e externos, são pessoas que partem dos seus locais de origem em busca de meios para garantir a própria subsistência e da sua família, e se tornam, como definem os autores, escravos da precisão, se submetendo recorrentemente a condições degradantes de trabalho, jornadas exaustivas, trabalho forçado, dentre outras práticas análogas à escravidão as quais serão elucidadas adiante.

3 VULNERÁVEIS: O QUE LEVAM OS TRABALHADORES MIGRANTES A SEREM ALVOS DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO?

Nas últimas décadas, com o crescente avanço dos fluxos migratórios, grande parte dos trabalhadores migrantes, principalmente aqueles que estão em situação de vulnerabilidade, deslocam-se dos seus locais de origem com o intuito de buscar por melhores condições de vida e trabalho. Estes trabalhadores mais vulneráveis, arriscam-se, na maioria das vezes, em trajetos precários para conseguirem oportunidades de emprego para garantir a subsistência e contribuir para o deslocamento e manutenção dos seus familiares.

Assim, diante desse cenário recorrente nas relações migratórias de muitos trabalhadores, eles se tornam alvos de exploradores, Suzuki e Plassat (2020) narra situações em que os chamados “gatos”, os aliciadores, entram em contato para o fornecimento da mão de obra e formam listas com dados dos possíveis contratados, sendo inclusive definidas características físicas e o perfil social dos trabalhadores SUZUKI E PLASSAT (2020).

Em razão do exposto, é importante frisar que esses trabalhadores são vulneráveis desde a saída das suas regiões, visto que muitos sofrem perseguições por questões ideológicas, religiosas, raciais, há ainda a existência de guerras civis e confrontos em determinados países que muitos acabam sendo vítimas, como também

são forçados por situações, diante de extrema pobreza, como a falta de recursos e mantimentos para sobrevivência que impulsionam e são fatores que levam a uma busca por um emprego a qualquer custo.

Cabe explicitar que muitos desses são ludibriados, recebem promessas e pactuam verbalmente sobre as condições de trabalho, e quando chegam ao local de destino se deparam com realidades totalmente distintas do que foi inicialmente combinado, adquirem dívidas desde o transporte até a estadia, alimentação e instrumentos de trabalho e com isso se tornam prisioneiros do sistema de exploração.

A exemplo disso, Mendes (2003) narra casos averiguados pelo Ministério Público do Trabalho de São Paulo, em relação aos migrantes Bolivianos em oficinas de costura, em que residiam no mesmo local de trabalho, em condições péssimas, insalubres e perigosas, sem sequer poder abrir as janelas, para esconder o barulho das máquinas de costura e expostos a ruídos altos, trabalhavam até o limite em jornadas superiores a 16h diárias, podendo até mesmo a durar 18h, sendo que muitos trabalhadores se limitavam a apenas estender os colchões no fim do expediente, após produção intensa durante todo o dia, prolongando até a noite, não havendo espaço muitas vezes nem para período das refeições, que não chegavam a durar nem mesmo 30 minutos, ou até nem mesmo havia a possibilidade de parar mais que uma vez para se alimentar (MENDES, 2003).

É assombroso pensar que tal realidade, mesmo após anos, ainda se perpetua, grande parte dos bolivianos que buscam trabalho no Brasil estão nas oficinas de costura com as mesmas condições apontadas. Além disso, assevera Suzuki e Plassat (2020, pg. 96) “cerca de 40% dos migrantes bolivianos ainda se dedicam ao trabalho em confecções. Os registros da Polícia Federal indicam que 68 mil bolivianos entraram no país entre 2010 e 2016”.

A situação se torna cada vez mais complexa quando se debruça em relação às formas de coação, os exploradores utilizam dos mais diversos meios para que os trabalhadores se sintam pressionados a permanecer nos locais que trabalham, inclusive muitos são obrigados a permanecer para pagar as dívidas exorbitantes adquiridas na constância do labor, observa Figueira (2020, pg. 64):

Para o sucesso, não bastava a possibilidade de uso da violência, ameaça constante materializada na presença de pistoleiros armados. Era necessário exercer aquilo que Max Weber chamou de “dominação”. Conforme Weber, para

que a dominação seja possível, é necessário que o dominado atribua algum grau de legitimidade ao dominador. E isso é obtido, entre outras razões, pelo dever de pagar a dívida. A moral que norteava os grupos de trabalhadores vindos dos mesmos lugares compreendia o “quem deve paga”. Abandonar o serviço com dívida era um problema que exigiria justificativas para si e para o grupo.

Dessa forma, demonstra-se que a coação para ser efetiva não é apenas aquela física em que os trabalhadores são expostos a ameaças constantes, violência e cerceamento da liberdade, como vislumbrado há também a coação moral, que faz com que os trabalhadores acreditem ter adquirido dívidas e em defesa da honra não deixam o ofício. Inclusive, grande parte desses trabalhadores migrantes, nutrindo a crença que a saída seria uma desonra, nem sequer pensam em denunciar, trabalham de sol a sol para saldar a dívida, pouco restando para se manter e enviar aos seus familiares.

Aliado a isso, outra violação sofrida, refere-se a exposição ao sistema denominado *truck system*, ou como é mais conhecido no Brasil “barracão”, em que os trabalhadores são cobrados com valores superiores ao de mercado por tudo que utilizam e consomem, desse modo no final do mês ficam com uma quantia mínima do que foi estabelecido, porque nesse sistema, em regra, ocorre os descontos irregulares dos valores. Tendo ainda a possibilidade de todo o salário ser retido pelo empregador, que usa de pretexto o fato que alguns não possuem contas bancárias e por isso não podem guardar adequadamente os valores, retirando a liberdade salarial como explicam os autores (SUZUKI E PLASSAT, 2020).

Ao passo que em relação aos trabalhadores migrantes internacionais, existe outra violação que se configura diante do receio da deportação, já que muitos desses se mantêm de forma irregular no país, devido a isso o Estado não reconhece a permanência dos trabalhadores e não gozam da proteção institucional, sendo mais suscetíveis a se submeterem recorrentemente a jornadas exaustivas, condições degradantes de trabalho, cerceamento da liberdade em razão de dívidas e trabalho forçado.

Pois bem, observa-se com essa realidade o aumento das vulnerabilidades desses migrantes de outros países. As dificuldades surgem desde a retenção dos documentos durante a viagem, que são usados pelos exploradores como objeto para chantagear os migrantes; até a barreira com o idioma, desconhecimento dos direitos e a ausência dos laços sociais e afetivos, vez que muitos estão longe dos seus familiares e amigos, em razão disso muitos vivem reclusos e aceitam as condições que lhes são impostas (SUZUKI e PLASSAT 2020).

Outro problema que os autores observam acerca da situação exposta é que com o passar do tempo, há casos raros em que surge o envolvimento em relações de dependência e afeto com os exploradores, motivo pelo qual alguns trabalhadores não reconhecem a situação que se encontram, deixam de denunciar as violações que sofrem, e acreditam nas promessas de melhorias nas condições de trabalho, vida e com a possibilidade de buscar os familiares. Os aliciadores influenciam os trabalhadores a acreditarem que o período de dificuldade será temporário e eles têm a esperança de poder alcançar a ascensão e a mudança de vida que almejam (SUZUKI e PLASSAT 2020).

Há que se considerar, além do fato de serem recorrentemente expostos a imensas violações, a exemplo das dívidas para conseguir sair do país e serem constantemente ameaçados devido a isso, também existem o preconceito e a discriminação, tanto nos processos para contratação como na sociedade em recebê-los, posto que as políticas migratórias estão cada vez mais restritivas, o que gera um aumento significativo no número de trabalhadores migrantes irregulares.

À vista disso, ao se depararem com processos morosos para autorizar a permanência e regularidade muitos optam pela clandestinidade, vez que diante das principais motivações, necessitam enviar dinheiro para pagar suas dívidas, para manter suas famílias que em grande maioria continuaram no país em condições de risco, como também para a manutenção da sua subsistência no país, assim muitos permanecem na irregularidade se tornando as principais vítimas de exploração.

Ademais, além das histórias de vida difíceis, os migrantes em situação de exploração vivem sentenciados a trajetórias penosas, sempre enfrentam muitas dificuldades, discriminação e exclusão, como assevera Farena (2009) sendo recorrente a violência, os abusos e as hostilidades contra os migrantes, mesmo em países considerados desenvolvidos que, em regra, recebem os maiores fluxos migratórios (FARENA, 2009).

Consequentemente, muitos dos trabalhadores migrantes ainda sofrem com estigmas, e o preconceito da população que os recebem. Se perpetua na sociedade o hábito de estereotipar essas pessoas, inclusive parcela da população ainda acredita que os trabalhadores se deslocam para tirar os empregos dos nativos, e em decorrência disso se nota uma maior resistência em relação aos imigrantes.

Ventura (2015) classifica em três paradigmas os quais as pessoas observam o fenômeno da mobilidade humana: dos direitos, da segurança e do mercado. Cumpre

atentar o que a autora aduz principalmente em relação ao paradigma do mercado, ela aponta que existem pessoas que veem a mobilidade humana apenas como uma forma de obter mão de obra quando é necessário, assim quando o país precisa de mão de obra as fronteiras estão abertas e quando não for necessário são fechadas, o que deixa os migrantes a mercê do mercado (VENTURA, 2015).

A autora ainda esclarece que há uma visão mais receptiva em relação aos migrantes regulares e qualificados, uma vez que a necessidade de mão de obra especializada é mais atrativa, e privilegia parcela da indústria que tem interesse na entrada de migrantes qualificados, no entanto em relação aos menos qualificados o que ocorre é o inverso, eles são repelidos pelo sistema e representam a maior parte dos migrantes irregulares.

Consoante ao aludido, a Organização das Nações Unidas, por meio de um dos seus veículos de informação⁴, publicou uma alerta em relação às vulnerabilidades a que esses trabalhadores são expostos; a publicação enumera algumas condições em que estes são mais suscetíveis como a perda de trabalho, redução salarial e assuntos relacionados a violações da segurança e saúde.

No Brasil submeter qualquer trabalhador as seguintes violações: trabalho forçado ou a jornadas exaustivas, seja sujeitando a condições degradantes de trabalho ou restringindo a locomoção em razão de dívida, configura-se o trabalho análogo à escravidão, conforme conceituado no Código Penal. Importante ressaltar que qualquer uma das hipóteses mencionadas já configuram o crime disposto no art. 149 do Código Penal⁵, não sendo necessária a concomitância de qualquer das violações para que se concretize o referido crime.

Todavia, como delineado durante a pesquisa, dificilmente ocorre na prática isoladamente uma das hipóteses narradas, uma vez que os trabalhadores sofrem mais de uma violação quando são expostos a essa prática. O autor ao examinar o trabalho análogo ao de escravo, conceitua escravizar como a coisificação dessas pessoas, sendo restringidos ou suprimidos da própria autonomia, e privados de sua dignidade. Esclarece também que ao especificar a escravidão como contemporânea significa apenas

⁴ **OIM e Câmara Internacional de Comércio lançam guia para proteger trabalhadores migrantes da COVID-19, disponível** no Site da Nações Unidas Brasil, link para acesso: <https://nacoesunidas.org/oim-e-camara-internacional-de-comercio-lancam-guia-para-protoger-trabalhadores-migrantes-na-covid-19/>.

⁵ **Art. 149.** Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (BRASIL, 1940)

o lapso temporal, vez que não deixa de ser a prática uma apropriação humana como na época da escravidão colonial. A despeito disso, explana que mais do que no corpo, a dor da escravidão está na alma (CAVALCANTI, 2020).

Dessa forma, o sofrimento dos migrantes escravizados se encontra na sujeição, na submissão absoluta ao explorador, em padrões alimentares deploráveis e na falta de água potável, nas condições precárias de habitação e trabalho, na inexistência das condições sanitárias e de higiene, na ausência de descansos e jornadas extenuantes, na exposição a doenças. Está em viver uma situação que tolhe a liberdade e a dignidade, que submete a miséria e recusa o reconhecimento dessas pessoas como sujeitos de direitos, sendo o trabalho análogo ao de escravo uma das condições mais ofensivas à dignidade humana, sendo válido reiterar que esses trabalhadores já sofrem violações graves desde a gênese da migração (CAVALCANTI, 2020).

Pensar que os trabalhadores retornam a esse ciclo de exploração e violações pode aparentar ser ilógico, mas as condições que os levam a se submeter a jornadas extenuantes em condições péssimas de trabalho ainda persistem. A necessidade faz com que aceitem ser novamente escravizados, o documentário “Precisão” produzido pelo Ministério Público do Trabalho retrata esse cenário em uma cena que um dos trabalhadores ao ser questionado sobre o que levou a retornar, responde que a precisão ainda existia e que o compromisso em alimentar a família ainda era dele e só restava voltar.

Diante disso, observa-se que apenas a retirada do trabalhador dos ambientes de exploração não irá solucionar o problema se o que leva a ser aliciado ainda subsiste, enquanto existir condições que os torna vulneráveis, eles ainda irão retornar ao trabalho, sendo aliciados novamente e completando o ciclo do trabalho escravo contemporâneo.

3.1 PANDEMIA COVID-19 E O AGRAVAMENTO DOS RISCOS DE EXPLORAÇÃO AOS TRABALHADORES MIGRANTES

Nos últimos meses o mundo transformou suas relações em virtude da pandemia da COVID-19, que inesperadamente atingiu toda a população mundial. Ocorreram grandes mudanças, que repercutiram na vida de inúmeros trabalhadores, o que afetou as condições de trabalho, a adaptação das jornadas, mudança dos locais de trabalho,

redução dos salários, dentre outros. Em virtude disso, todos precisaram se adequar às medidas de segurança estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde.

Ao passo que uma das medidas mais efetivas comprovadamente é o isolamento social, e em que pese o controle da disseminação da doença ser legítimo, cabe explicitar no entanto, o cenário de incerteza e crise instaurado que atinge não só o sistema de saúde, mas também os outros setores, sendo um dos principais atingidos o da economia, que guarda relação direta com a situação da empregabilidade, o que faz com que resulte no desemprego de muitos trabalhadores, flexibilização de normas, e muitos conflitos.

Pois bem, é importante considerar que a mão de obra fornecida por trabalhadores migrantes está presente na maioria dos serviços essenciais. Nesse sentido, Marina Manke, chefe da Divisão de Desenvolvimento Humano e Mobilidade Laboral da OIM, afirma que esses trabalhadores continuam nas linhas de frente, não apenas como médicos, enfermeiros e outros profissionais de saúde, mas também como trabalhadores em agricultura, transporte e comércio que são essenciais no funcionamento das cidades (ONU, 2020).

Segundo a OIM (2020), os trabalhadores migrantes são parte essencial da força de trabalho global, respondendo por 3,5% da população mundial. Assim, grande parte dos empreendimentos mundiais dependem diretamente e indiretamente da mão de obra desses trabalhadores, e principalmente indústrias que foram mais afetadas pela pandemia da COVID-19. Diante disso, os trabalhadores migrantes contribuem com parte significativa da economia mundial e têm papel fundamental nesse período (ONU, 2020).

Assim sendo, em uma breve análise ao atual cenário, é notório a maior intensidade que essas mudanças atingem os mais vulneráveis. Dessa forma, os migrantes, principalmente aqueles considerados clandestinos, são pessoas extremamente vulneráveis que antes da pandemia já eram expostos a violações, relativização das normas de segurança e descumprimento da legislação e com o advento da pandemia e cenário de crise mundial, percebe-se o agravamento dessas violações e a intensificação das explorações.

A pandemia possibilita a facilitação para a escravização em decorrência do aumento da vulnerabilidade das pessoas, que diante do cenário pandêmico estão mais expostas a escassez de recursos, e ocorre o impulsionamento para que muitos optem por migrar e o aumento de pessoas em situação de miséria, Bales (2020) alerta inclusive,

que o impacto diante de mudanças desse nível nas populações mais vulneráveis é triplo (BALES, 2020).

O autor ainda traz à baila a classificação das principais consequências de mudanças extremas, como essa vivenciada pela pandemia, que seriam a fundada insegurança alimentar, que força a família tomar decisões desesperadas, e a falta de alimentação adequada que enfraquece a capacidade produtiva das famílias e gera um déficit orçamentário, tudo isso contribui para que essas pessoas sejam atraídas para aliciamento de empregos veículo da escravização (BALES, 2020).

Ademais, outra realidade que já foi exposta e presente nesse período pandêmico é a discriminação, evidenciada por Manuel Orozco⁶ em entrevista ao CGTN America que ao tratar sobre a questão relacionada ao grande número de trabalhadores migrantes em todo o mundo, afirma que estes estão perdendo seus empregos, preocupa-se ainda que provavelmente essas perdas dos empregos sejam maiores do que para a população nativa, conseqüentemente sendo os mais afetados.

A COVID-19 tem reafirmado as desigualdades existentes e exposto os desafios vivenciados pelos trabalhadores migrantes. Maia e Cetra (2020) expõem ainda que as medidas tomadas por alguns governos em todo o mundo, e também, a postura adotada pelos meios de comunicação, particularizam e, de certo modo, contribuíram para a estigmatização de certas nacionalidades em relação ao coronavírus (MAIA E CETRA, 2020).

As autoras ainda alertam para o contexto crescente de xenofobia que está sendo instaurado durante a pandemia, inclusive há a grave associação da migração com questões de segurança, as mesmas elucidam que as autoridades de determinadas regiões adotam um discurso que culpabiliza os migrantes dos níveis de criminalidade, como também a sobrecarga dos sistemas de saúde (MAIA E CETRA, 2020).

Ventura (2015) ao tratar sobre as restrições migratórias, reflete como se torna conveniente responsabilizar aquele que chega pelas mazelas que já existem e que os governos não foram capazes de resolver (VENTURA, 2015). Outra realidade, também relacionada a discriminação e que representa uma grave ofensa à dignidade humana, é a exposição desses trabalhadores como alvos de exclusão, posto que ao serem vistos como estrangeiros, na ótica de muitos eles não pertencem e não possuem efetivamente espaço, outros ainda veem essas pessoas até como possíveis propagadores da doença.

⁶ Diretor do Centro Internacional de Migração e Estabilização Econômica.

Não à toa a mídia noticiou⁷ nos últimos meses em matérias casos absurdos em que migrantes ao se deslocarem e passarem por fronteiras de determinados países, depararam-se com situações em que eram postos em fileiras, sentados no chão para serem “desinfetados” antes de entrar no país, com substâncias químicas tóxicas, como o cloro, e que podem causar graves doenças.

Situações como essas, em um momento tão delicado e crítico, evidenciam que há muito o que refletir e discutir sobre os direitos desses trabalhadores, uma vez que os expor a tamanhas violações, percebe-se a existência da supressão dos direitos, da dignidade e com isso a iminente necessidade de garantir a proteção dessas pessoas.

4 DIREITOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES

Conforme o exposto, chega a ser inconcebível pensar numa sociedade em que não haja trabalhadores migrantes compondo parte da força da mão de obra que move a economia. Diante dessa realidade, faz-se necessário refletir sobre os direitos dessas pessoas que migram para outras regiões em busca de empregos e condições mais favoráveis para viver.

Nesse sentido, no que compete aos instrumentos normativos que versam sobre os trabalhadores são inúmeros e alguns discorrem sobre os direitos dos migrantes, conseqüentemente discorrem também sobre as condições de trabalho e a relação migratória, como também sobre a questão social que se relaciona com o tema. Todavia, importa explicitar que no âmbito do ordenamento brasileiro não há lei específica que trata da situação desses trabalhadores.

O que regia parcialmente a situação dos trabalhadores na legislação brasileira até 2017 quando foi instituída a Lei de Migração, era a Lei 6.815/80, denominada Lei do Estrangeiro, que versava sobre a situação jurídica da pessoa estrangeira. Ao passo disso, é oportuno discorrer sobre o contexto em que a referida lei foi criada, posto que a época da criação foi no período da ditadura militar e a visão de estrangeiro era muito negativa, visto que havia uma maior discriminação, como também os estrangeiros eram vistos como possíveis rivais políticos, que buscavam entrar no país. Assim, a política de migração era extremamente dificultada pelas autoridades, e a lei pouco tratava

⁷ Coronavírus: Cidade da Índia dá banho coletivo de cloro em trabalhadores migrantes. Link para acesso: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/03/30/india-da-banho-coletivo-em-trabalhadores-migrantes-com-cloro.htm>

efetivamente sobre a proteção desses trabalhadores, dando acentuada prioridade aos trabalhadores nacionais (ALVERNE; OLIVEIRA; MATOS, 2019).

Com o advento da Lei 13.445, a denominada Lei de Migração, houveram algumas modificações que favorecem os migrantes, vez que foram estabelecidas garantias ao trabalho com condições mais dignas, bem como prevê a inclusão laboral e produtiva do migrante, o acesso livre e igualitário ao trabalho e também explana sobre o direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes.

Alverne, Oliveira e Matos (2019) explicam que a Lei de Migração busca harmonizar a política migratória com o que institui a Constituição Federal e as normas de direito internacional de direitos humanos as quais o Brasil é signatário. Dessa forma, a lei representa uma mudança de paradigma no que concerne aos direitos dos trabalhadores (ALVERNE; OLIVEIRA; MATOS, 2019).

Em contrapartida, é válido mencionar que as Convenções 143 da OIT que versa sobre as Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes e a Convenção da ONU sobre a Proteção de Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias ainda não foram ratificadas pelo Brasil, o que representa um retrocesso em relação a proteção dos direitos dos trabalhadores e seus familiares.

Ademais, é válido ressaltar a importância dessas convenções principalmente no que tange o reconhecimento da situação de vulnerabilidade que são expostos os trabalhadores migrantes, vez que tais instrumentos normativos observam as particularidades, a exemplo o fato que estão longe do seu lugar de origem e muitos já vivem em situação vulnerável. Desse modo, a ausência do reconhecimento de direitos igualitários que ainda subsiste mostra que é indispensável a proteção adequada dos trabalhadores.

Sendo assim, cabe analisar a conjuntura dos trabalhadores regulares e irregulares no Brasil. Em que pese a situação dos trabalhadores regulares no Brasil possuem os mesmos direitos que são reconhecidos aos nacionais, sendo amparados pela Constituição Federal de 1988, mais especificamente no que dispõe o seu artigo 7º que versa sobre os direitos dos trabalhadores, a realidade, no entanto, destoa do que está previsto no rol da Constituição, a devida aplicação converge em um verdadeiro abismo entre a teoria e a prática, tanto para os trabalhadores regulares como para os

irregulares, isso porque ainda persistem inúmeras dificuldades para o exercício dos direitos trabalhistas, a exemplo do que já foi tratado e que vale mencionar: o desconhecimento das leis, a barreira com o idioma, a discriminação, a inexistência de vínculos e por fim, a inserção social.

4.1 DIREITO DE MIGRAR E OS DESAFIOS DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS RESTRITIVAS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe sobre o direito de migrar e de se locomover dentro das fronteiras de cada país, e estabelece que todos os seres humanos têm o direito de deixar qualquer país, inclusive o de origem, como também regressar, consagrando o direito de migrar como direito universal. Todavia, o atual desafio em relação ao pleno exercício do direito de migrar é que, diferente do que versa o texto, poucos são os que o reconhecem como um direito humano universal.

Muitos são os países que possuem políticas migratórias ainda bastante restritivas, o que ocasiona que ao adentrar no país o estrangeiro, entra no território e ao mesmo tempo não obtém a autorização para ali permanecer, acarretando que muitos permaneçam como clandestinos, sendo reféns da clandestinidade e todas as suas consequências, como também se tornam ainda mais vulneráveis. (VENTURA, 2015).

Corroborando com o que entende a pesquisadora, vê-se instrumentos normativos como a mencionada Convenção da ONU sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias que desde 1990, é extremamente importante para os trabalhadores migrantes, e ainda não foi ratificada e nem sequer possui uma considerável adesão por maioria dos países mais desenvolvidos.

Em razão disso, cabe refletir sobre o papel dos estados e a responsabilidade com que devem assumir o compromisso de garantir a devida tutela jurídica para a situação dos trabalhadores, bem como é devido assegurar a fiscalização das condições mínimas de dignidade, para que possam exercer o trabalho de forma saudável, livre e digna. Senão, tudo o que foi disposto nos textos normativos, e todo o avanço necessário em relação ao reconhecimento dos direitos desses trabalhadores e seus familiares sofreriam um imenso retrocesso.

No mais, torna-se imprescindível a adoção de medidas que efetivamente assegurem o direito de migrar, e possam coibir a discriminação ainda tão presente, para

que não se constitua outra vulnerabilidade para os trabalhadores. Assim, as políticas migratórias devem também ser instrumento para repelir toda e qualquer discriminação e a xenofobia, não sendo admitidas atitudes que permitam aos estados serem excludentes, para que possam representar pontes e não muros (VENTURA, 2015).

4.2 TRABALHO, MIGRANTES E DIGNIDADE HUMANA

A reflexão dos direitos dos trabalhadores possui uma relação intrínseca com o estudo do princípio da dignidade humana. Não há como delinear os direitos sem refletir o que compete à dignidade desses trabalhadores. É incontestável que o princípio da dignidade humana é um dos princípios fundamentais, consagrado pela Constituição Federal de 1988 no art. 1º, III.

Nesse espírito, o princípio da dignidade humana, embora não possua definição expressa, busca promover a garantia de uma vida que efetivamente seja digna para todos. Assim, torna-se imprescindível considerar este princípio constitucional, uma vez que os trabalhadores almejam a sua concretização por meio de um trabalho que possibilite vivenciar a dignidade.

Diante de tal panorama, Delgado (2006) considerou onde não existir a garantia de um trabalho que assegure no mínimo condições que levem em consideração a integridade física, psíquica e moral do trabalhador, bem como uma contraprestação pecuniária que possibilite a sua subsistência, não haverá dignidade humana que sobreviva. Logo, nota-se que o princípio da dignidade humana possui estreita relação com as condições de trabalho, e deve a aplicação e a interpretação das leis partir da ótica de uma justiça mais social e que os direitos dos trabalhadores sejam priorizados (DELGADO, 2006).

Em consonância a isso, afirma-se que o trabalho digno é aquele em que atende às aspirações de homens e mulheres no domínio profissional e abrange elementos como: oportunidades para realizar um trabalho produtivo com uma remuneração justa, segurança no local de trabalho e proteção social para as famílias, melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e o alcance de uma integração social, liberdade para se expressar, possibilidade de participar nas decisões que afetam as suas vidas e a igualdade de oportunidades e de tratamento (OIT, *site*).

Todavia, tem-se a situação dos trabalhadores migrantes, que na prática ocorre a divergência do delineado nas normas e há muito o que se avançar para assegurar a dignidade, principalmente considerando os crescentes fluxos migratórios os quais o Brasil têm recebido. Sendo válido frisar, a situação de vulnerabilidade dessas populações que se deslocaram por diferentes razões, e encontram ambientes que tornam ainda mais precária e degradante a situação vivenciada (SUZUKI E PLASSAT, 2020).

Assim, a dignidade só é tangível quando o trabalho não desumaniza. O mencionado documentário “Precisão” produzido pelo Ministério Público do Trabalho retrata a realidade de milhares de trabalhadores que são ludibriados por promessas de trabalho digno e a possibilidade de melhorar a condição de vida dos seus familiares, e são humilhados, tratados de forma desumana e expostos a locais insalubres por seus empregadores, melhor dizendo, aliciadores.

Os locais de trabalho aos quais os trabalhadores migrantes são submetidos estão longe do que se espera de um ambiente hígido, salubre, equilibrado. Muitos sequer possuem alimentação adequada, acesso à água potável, acomodações ou banheiros, outros ainda residem no próprio local de trabalho, a exemplo dos trabalhadores das confecções, os canavieiros e mineradores.

Dessa forma, em que pese o meio ambiente do trabalho, a Constituição Federal ao prever que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado abrangendo também o meio ambiente de trabalho, devendo este, de acordo com a recomendação 193 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ser decente, digno. Sendo portanto, essencial atentar para a proteção à saúde e segurança do trabalhador no local de trabalho, e deve o empregador assegurar condições mínimas para que se tenha um ambiente saudável e que não ofenda a dignidade dos trabalhadores, visto que todos os seres humanos devem ter seus direitos mínimos resguardados, tanto no âmbito nacional quanto no internacional (SILVA e NOVAES, 2015).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A chegada dos trabalhadores migrantes, trazendo na bagagem histórias sofridas, abusos e misérias, reafirma a situação de vulnerabilidade que vivem. É inquestionável que os trabalhadores representam alvos da repulsiva prática do ciclo do trabalho

escravo contemporâneo. Desse modo, considerando essa ultrajante realidade de milhares de trabalhadores migrantes, verifica-se diante dos entraves que perduram na sociedade, a existência de lacunas e falta de reconhecimento de direitos igualitários.

À vista disso, é notório que essa realidade necessita de visibilidade, uma vez que é um fenômeno extremamente complexo e crítico, e que ainda se perpetua, afetando diretamente a vida de milhares. As marcas são profundas, os danos se estendem, e o ciclo se completa. Em razão disso, tornou-se essencial discorrer sobre os direitos desses trabalhadores e analisar os mecanismos existentes que garantem a sua proteção.

Sendo oportuno ressaltar que a pesquisa se pauta na análise das salvaguardas jurídicas, como também no estudo das causas e fatores que influenciam esses trabalhadores migrantes a se tornarem os maiores alvos da escravidão, posto que é importante e necessário compreender a gênese do fenômeno para refletir criticamente sobre as tutelas.

Assim, vislumbra-se a necessidade da proteção adequada desses trabalhadores, que claramente são pessoas em situação de vulnerabilidade, por isso institutos como as Convenções 143 da OIT que versa sobre as Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes e a Convenção da ONU sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias demonstram ser cada vez mais essenciais para garantir e regular os direitos dos trabalhadores.

Ao passo que ao analisar o atual cenário vivenciado, verificam-se inúmeros atentados à dignidade humana, sendo as violações sofridas desde a origem até a chegada em destinos desconhecidos. Com isso, o cenário estabelecido pela pandemia COVID-19 apenas reforça os desafios que os trabalhadores migrantes enfrentam, as desigualdades existentes e a necessidade de medidas que amparem a situação desses trabalhadores, como também se observa o agravamento.

Em razão de todo o exposto, a situação dos trabalhadores migrantes merece não só a inegável atenção da legislação, mas a sociedade como um todo deve atentar para a gravidade da exploração a que muitos desses trabalhadores são submetidos. A escravidão pode ter sido historicamente abolida, mas continua presente nos dias atuais, o ciclo continua se estabelecendo e são muitos os casos de pessoas que mesmo depois de resgatadas retornam ao local onde são exploradas, portanto existem falhas nesse processo de efetivo resgate.

Para que um ciclo seja rompido é necessária uma quebra, e o apoio poderia ser a personificação dessa quebra, vez que uma rede de apoio que fomente a discussão sobre o fenômeno e os direitos que tutelam, pode ser transformadora, posto que conhecer é uma forma de combater. Como também a reinserção dos indivíduos para que não se perpetuem os fatores que levam a ser aliciados, se o que tornam vulneráveis se mantêm, as chances de retornarem à escravidão são maiores.

É preciso ainda que o direito de migrar seja realmente reconhecido como um direito de todos, para que não se constitua outra vulnerabilidade para esses migrantes. Respeitar o exercício desse direito contribui para ultrapassar as fronteiras do preconceito e oportuniza que os trabalhadores possam alcançar a dignidade que almejam.

Portanto, somente diante de uma mudança de paradigma, é possível vislumbrar a possibilidade de erradicar o fenômeno da escravidão contemporânea, para que de fato ocorra na prática o que garante o texto constitucional e os trabalhadores realmente possam ter seus direitos resguardados, e consigam o que tanto almejam um trabalho digno, melhorar as condições de vida suas e de seus familiares, e a garantia que a única fronteira que não poderá ser ultrapassada é a da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALVERNE, Tarin Cristino Frota Mont; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira. Trabalhador Migrante e a Dificuldade de Incorporação da Convenção da OIT e da Convenção da ONU pelo Brasil: possíveis contribuições da lei de migrações. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 611-632, abr. 2019. Biental.

Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.53.25.pdf> Acesso em: 14 jul. 2020.

ARGUEDAS, José María. **Os rios profundos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

BALES, Kevin. O impacto da escravidão nas mudanças climáticas. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 151-172.

BRASIL. **Lei 6.815**, de 19 de Agosto de 1980: Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm#:~:text=Define%20a%20situa%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADica%20do,6.964%2C%20DE%2009.12.1981.>> Acesso em: 09 set. 2020

BRASIL. **Lei 13.445**, de 24 de Maio de 2017: Institui a Lei de Migração. Disponível em: <[BRASIL. **Decreto- lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm\)> Acesso em: 09 set. 2020](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm#:~:text=Institui%20a%20Lei%20de%20Migra%C3%A7%C3%A3o.&text=Art.,pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas%20para%20o%20emigrant e.> Acesso em: 09 set. 2020</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 02 jul. 2020

CAVALCANTI, Tiago Muniz. Como o Brasil enfrenta o trabalho escravo contemporâneo. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 67-84.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 207.

FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneiros. **Direitos humanos dos migrantes: ordem jurídica internacional e brasileira**. Paraíba: 2009.209f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos, Universidade Federal da Paraíba (UFPB), 2009.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. O trabalho escravo após a lei áurea. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 53-66.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, jun. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 jun. 2020.

MAIA, Camila Barretto; CETRA, Raísa Ortriz. **Mobilidade humana e coronavírus - coronavírus: o fechamento das fronteiras não é, e nem deve ser, absoluto**. Disponível em: <<https://www.museudaimigracao.org.br/blog/migracoes-em-debate/mobilidade-humana-e-coronavirus-coronavirus-o-fechamento-das-fronteiras-nao-e-e-nem-deve-ser-absoluto>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

MENDES, Almara Nogueira. Nova Forma de Escravidão Urbana: trabalho de imigrantes. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, v. 13, n. 26, p. 67-70, set. 2003. Semestral. Disponível em: <<http://www.anpt.org.br/attachments/article/2720/Revista%20MPT%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%2026.pdf>> Acesso em: 23 jun. 2020.

MIGRATION policy expert on COVID-19's impact on remittances. [S.I]: CGTN America, 2020. P&B. **Entrevista com Manuel Orozco**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Q8uyXn7M01Y>> Acesso em: 23 jul. 2020.

MPT e OIT. Direção: Juliano Bacelar. Brasil: Human Rights Contens, 2019. **Documentário Precisão**, versão longa duração (43:19 min.). Disponível em: Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IGK_m8VKNsM> Acesso em: 11 nov. 2020

OIM. **Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020**. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf> Acesso em: 23 jun. 2020

OIM. OIM e Camara Intenacional de Comércio lança guia para proteger trabalhadores migrantes na COVID-19. **Nações Unidas Brasil**, 10 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oim-e-camara-internacional-de-comercio-lancam-guia-para-proteger-trabalhadores-migrantes-na-covid-19/>> Acesso em: 07 set. 2020

OIM. Trabalhadores migrantes são mais vulneráveis a abusos e exploração durante a pandemia. **Nações Unidas Brasil**, 09 de junho de 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oim-trabalhadores-migrantes-sao-mais-vulneraveis-a-abusos-e-exploracao-durante-pandemia/>> Acesso em: 07 set. 2020

OIT. Convenção relativa às migrações em condições abusivas e à promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes, de 09 de dezembro de 1978. **Convenção nº 143**. Genebra: Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, 1975. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRelMigCondAbu.html>> Acesso em: 02 jul. 2020

ONU. **Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias**, de 18 de dezembro de 1990. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>> Acesso: 23 de jun. 2020

SAKAMOTO, Leonardo (org.). **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. SILVA, Ieda Maria Messias da; NOVAES, Milaine Akahoshi. Dumping Social e dignidade do trabalhador no meio ambiente: 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://hd.handle.net/20.500.12178/89993>> Acesso: 17 nov. 2020

SUZUKI, Natália; PLASSAT, Xavier. O perfil dos sobreviventes. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 85-108.

VENTURA, Deisy. **Deisy Ventura em TED x Rua Monte Alegre**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7jMpxRfUWW0&feature=youtu.be>> Acesso em: 11 nov. 2020.

“SÍNDROME DE DOM CASMURRO”: A INFLUÊNCIA DE MACHADO DE ASSIS NO PROCESSO PENAL E A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Isabel Peixoto Fernandes Pimenta¹

Luiz Felipe Pinheiro Neto²

RESUMO

A presente produção acadêmica propõe averiguar a ampla importância da Literatura para a ciência do direito e seus operadores através do método dialógico e da pesquisa documental de cunho exploratório. Tomando como base as obras “Dom Casmurro” e “O Alienista” do autor Machado de Assis, observa-se o padrão de quadro mental paranoico dos personagens ao partirem de premissas contaminadas e terminarem por desenvolver teorias para justificar seus pensamentos, como também fatores sociais e suas crenças e opiniões sob o que Émile Durkheim definiu por preconceitos. O Processo Penal se utilizou da literatura para designar a conduta errônea do magistrado ao desenvolver situações mentais paranoicas para com o seu papel no processo. Esta atitude praticada, indubitavelmente, compromete de modo significativo a prudência e equanimidade do Devido Processo Legal.

Palavras-chave: Direito. Literatura. Machado de Assis. Processo penal. Juiz.

THE “DOM CASMURRO” SYNDROME: THE INFLUENCE OF MACHADO DE ASSIS ON THE CRIMINAL PROCEEDINGS AND THE IMPARTIALITY OF THE JUDGE

ABSTRACT

The current academic production, (title) suggests the widespread importance of the Literature for the Science of Law, similarly to its operators. Regarding the literary relevance, it is important to heighten sensitivity to social problems elapsed to jurists by

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). E-mail: bellpeixoto@hotmail.com.

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). E-mail: professorluizpinheiro@gmail.com.

artifice of the historical influence of bibliographical productions. Building on the works “Dom Casmurro” and “O Alienista” of the author Machado de Assis, it can be seen the pattern of paranoid mindset of the characters, from contaminated premises, in this case by paranoia, devise theories to highlight their thoughts, as well as social factors such as beliefs and opinions under what Durkheim defines by prejudice. The Criminal Proceedings used the literature to designate the misconduct of the magistrate to develop mental situations paranoid to his role in the process. This demeanor practiced undoubtedly compromises significantly the prudence and equanimity Due Process of Law current in accordance with the Criminal Law and Criminal Procedure Brazil. In such a case, a solution of adding a judge that guarantees the process was presented, so that in this craft, impartiality is mainly safeguarded.

Keywords: Law. Literature. Machado de Assis. Criminal proceedings. Judge.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar como o resgate da literatura para o ambiente jurídico amplia os horizontes dos operadores da lei, além de trazer à tona o olhar empático e sensível aos problemas inseridos no campo social. Ao ver da Literatura, é possibilitada a ressignificação dos sentidos e sensibilização do jurista frente aos problemas sociais, na medida em que explicita, de modo literário, fatos e valores presentes nas sociedades, sendo possível também a correção de defeitos na condução dos processos, o que não ocorreria pela simples aplicação hermética do direito.

Com base em duas obras de Machado de Assis, “Dom Casmurro” e “O Alienista”, será estudada a Síndrome de Dom Casmurro no Processo penal, a qual é conceituada pelo fato de o magistrado desenvolver quadros mentais paranoicos ao confundir sua função de julgador com a de acusador e investigador (MASSON, 2015).

Estando o magistrado confuso de sua posição e tendo uma abertura interpretativa na avaliação das provas, exerce função atípica de julgador, o que pode deixar tendenciosa a sua decisão ao buscar meios possíveis para provar que esta é coerente, caso o qual é descrito como viés confirmatório. Situação semelhante ocorre na obra “Dom Casmurro” quando o Bentinho desenvolve esses quadros mentais paranoicos por pensar que fora traído pela sua esposa e o filho deles ser semelhante com o melhor

amigo suspeito – Escobar. E ainda, remete-se ao “Alienista”, pois o personagem, médico, se dedica a estudar a loucura e os comportamentos da mente humana, partindo de suas premissas e pontos de vista já existentes.

Nesse cenário, o trabalho objetiva analisar a efetivação do princípio da imparcialidade por meio da aplicação das obras de Machado de Assis no processo penal brasileiro. Como objetivos específicos, pretende-se mostrar como a literatura brasileira se enquadra no contexto social e jurídico do país; destacar como a relação da arte literária com a ciência jurídica é importante para ampliar o conhecimento dos aplicadores do direito; analisar o papel do magistrado no processo penal contemporâneo e sua imparcialidade diante do devido processo legal; bem como analisar os fatores psicológicos que afetam a imparcialidade desse juiz e, por fim, destacar a importância de uma visão multidisciplinar para a correção desses vícios.

No que concerne à metodologia, foi utilizado o método dialógico ao analisar consistentemente a importância da história para a gênese da “Síndrome de Dom Casmurro no Processo Penal”, com enfoque na abordagem literária, bem como com ênfase no viés jurídico da problemática. O estudo tem caráter teórico, configurando-se em uma pesquisa documental de cunho exploratório, acrescentando a isso uma abordagem transdisciplinar à medida em que se dedica ao diálogo entre o direito processual penal e a arte literária.

Dessa forma, o segundo capítulo abordará noções introdutórias sobre o processo penal e os princípios que este segue para ser devido, com ênfase na imparcialidade do julgador, inércia, e juiz natural. Ademais, tratará das causas de suspeição e impedimento do julgador, bem como, o seu papel em cada sistema processual existente e qual deles se enquadra no ordenamento brasileiro.

No tocante ao terceiro capítulo, este discorrerá sobre a relação entre direito e literatura e especificamente a literatura desenvolvida por Machado de Assis, a qual, inserida no contexto do movimento realista, retratava os problemas sociais e as características psicológicas dos personagens. Isto a par de uma breve exposição das obras analisadas, “O Alienista” e “Dom Casmurro”, e os questionamentos que se podem fazer a partir de cada uma delas.

Para mais, no último capítulo será debatida a relação dessas obras com o direito, na chamada “Síndrome de Dom Casmurro no Processo Penal”, a qual é tida como o envolvimento demasiado do magistrado no processo, fazendo com que este experimente

um estado de confusão psicológica e tenda a resolvê-la com base em informações e visões que já tenha em si ou adquiriu no curso do processo sobre determinado fato. Por consequência, o julgador deixa de realizar sua função típica e se torna um juiz inquisidor, com abertura interpretativa, diferentemente do que se espera de um magistrado e do seu dever de inércia e imparcialidade.

Tal debate sobre a síndrome faz parte da crise da imparcialidade, examinada por diversos doutrinadores, presente no processo penal contemporâneo. Nesse contexto, é proposta solução para que se evite o comprometimento da imparcialidade.

Por fim, espera-se descobrir se a aplicação da teoria literária de Machado de Assis, ao apresentar narrativas em primeira pessoa de personagens-narradores parciais e psicologicamente confusos, representada especialmente na “Síndrome de Dom Casmurro”, é capaz de solucionar um dos principais problemas atuais do processo penal, a parcialidade objetiva do julgador.

2 O PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

O Estado detém a titularidade do direito de punir quem venha infringir as normas legais. Porém, quando alguém comete conduta delituosa tipificada no Código Penal, “o Estado, que até então tinha um poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter uma pretensão concreta de punir o suposto autor do fato delituoso”, como pontua Renato Brasileiro de Carvalho (2017, p. 37).

Todavia, ainda que detenha essa pretensão punitiva, o Estado não pode aplicar sanções penais sem antes aplicar o devido processo ao caso concreto. O Processo Penal é o meio utilizado pelo Estado para a aplicação do que está prescrito na lei penal através dos órgãos devidamente investidos de jurisdição.

Somado a isso, é cabível tratar do princípio constitucional da necessidade, que versa sobre a adoção de medidas que interfiram menos no direito de liberdade do acusado e que protejam o seu direito de liberdade. Em outros termos, expõe Renato Brasileiro (2017, p. 87): “Deve o juiz se indagar acerca da existência de outra medida menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo.” Desse modo, para aplicar o *ius puniendi*, faz-se indispensável o processo penal.

Nesse sentido, Fernando Capez (2018) confirma ser a finalidade do processo penal “propiciar a adequada solução jurisdicional do conflito entre Estado-

Administração e o infrator” por meio de atos que compreendam uma sequência legal e propiciem o exercício do direito de defesa e um correto julgamento da lide.

Há que se compreender que, embora legítima a atuação do Direito Penal, é necessário reconhecer limites na atuação punitiva, observando critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, como afirma o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele (PARIS, 1948).

No que se refere ao Processo Penal Brasileiro, algumas dessas diretrizes estão estabelecidas nos princípios constitutivos do processo, provenientes da evolução histórica dos sistemas processuais, sendo estes: Inquisitório, misto e acusatório, concernindo o último ao estágio atual do processo penal no ordenamento jurídico pátrio pela adesão às garantias presentes na Constituição Federal, como o princípio do devido processo legal.

No contexto da evolução do processo Penal Brasileiro, pontua Leônia Bueno (2016):

A história do processo penal no Brasil, como se sabe, está naturalmente vinculada à história do processo penal português, seja porque vigoravam aqui, ao tempo da colônia, as legislações portuguesas em matéria criminal, seja porque, rompidos os laços com o colonizador, a legislação autóctone continuou sendo fortemente influenciada pelo direito da antiga Corte.

O sistema processual inquisitório tem como principal característica, de acordo com Renato Brasileiro (2017, p. 38), “o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume as vestes de um juiz acusador, chamado de *juiz inquisidor*” (grifo no original).

Fora adotado pelo Direito Canônico e se propagou por toda a Europa, perdurando até o século XVIII. No Brasil, devido ao processo penal sofrer influência portuguesa, o processo trazido de Portugal para a colônia, expressava inquisitorialidade e autoritarismo, como pregava a inquisição, consoante ideias de Leônia Bueno (2016). De acordo com o pensamento de Aury Lopes Jr. (2018), a inquisição gerava como consequência a abolição da acusação e da publicidade, e ainda, pontua que esse juiz-inquisidor atuava em segredo e de ofício.

Além de concentrar as funções de acusar, defender e julgar nas mãos do juiz,

nesse sistema inexistente o contraditório pleno, já que a figura do julgador é marcada pela parcialidade, as partes estão em desigualdade de armas e oportunidades, e somado a isso, viola o princípio *ne procedat iudex ex officio*³.

Nisto, Fernando Capez (2018) discorre que as partes são as encarregadas de provocar a atuação jurisdicional, uma vez que um dos princípios que permeiam a jurisdição é o da inércia. Logo, o magistrado não pode ultrapassar os limites do pedido, caso aconteça, estaremos diante de um julgamento *extra petita*⁴.

Com base nessas características explanadas, conclui Renato Brasileiro (2017, p. 38) que, concentrar poderes nas mãos do juiz compromete a imparcialidade por ser incompatível que alguém, ao mesmo tempo, acuse e julgue outra pessoa. Ainda, aponta a ligação psicológica ao resultado, a qual faz perder a objetividade do julgamento, como veremos mais a frente, o problema que acomete o personagem Bentinho do conto “Dom Casmurro”, de Machado de Assis, por ter interesse íntimo em saber se a esposa o traiu ou não, atua como acusador e julgador.

Desta maneira, por incidir em erro psicológico – crer que uma mesma pessoa possa exercer funções antagônicas, como assenta Aury Lopes Jr. (2018), esse sistema entrou em desuso.

Outro sistema do processo penal é o acusatório, comum nos regimes democráticos e tem como principal característica a divisão das funções de acusar, defender e julgar investidas em pessoas distintas, em oposição ao sistema inquisitivo ora explicitado. A partir da Constituição de 1988, fundado, principalmente, na dignidade da pessoa humana e no devido processo legal, o processo penal brasileiro já poderia ser considerado como acusatório, já preservando direitos e garantias, na visão de Leônia Bueno (2016).

De acordo com Norberto Avena (2017) chama-se de acusatório pois “à luz desse sistema ninguém poderá ser chamado a júízo sem que haja uma *acusação*, por meio da qual o fato seja narrado com todas as suas circunstâncias” (grifo no original).

Este sistema, além desta principal característica, possui também a aplicação de regras de publicidade, ampla defesa e contraditório, imparcialidade dos julgadores e gestão comum da prova, todos decorrentes do princípio maior do devido processo legal, estabelecido na Constituição Federal em seu Art. 5º⁵, inciso LIV, que garante que

³ Princípio da demanda ou inércia judicial.

⁴ Sentença do juiz tem providência diferente do pedido.

⁵ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal, deve ser “sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais”, como pontua Nestor Távora (2017, p. 68), ou seja, não é possível que no rito processual quando da aplicação de uma sanção penal, sedesvirtuem princípios, e ainda, este deixe de ocorrer em juízo competente, e por fim, que desrespeite o contraditório e a ampla defesa.

Em vista disso, é necessário o cumprimento de determinados princípios e requisitos legais para a plena aplicação do Direito Penal ao suposto infrator garantindo-lhe a devida proteção.

Como corolários do princípio do devido processo legal, observa-se o estabelecimento de diversos outros princípios constitucionais do processo, inclusive os competentes ao julgador, que são imprescindíveis para o andamento do Processo Penal como instrumento garantidor da liberdade individual, de acordo com o pensamento de Tourinho Filho (2013, p. 57).

O primeiro desses é o Princípio do Juiz Natural, consagrado no art. 5º, inciso LIII⁶ da Constituição Federal, no qual a pessoa tem direito a ser processada pelo magistrado competente já previamente definido, vedando assim a criação de tribunais de exceção – impedindo que um magistrado seja designado para atuar apenas em algum caso específico, como encontrado no inciso XXXVII⁷ do art. 5º. Nesse contexto, dispõe Norberto Avena (2017):

Compreende-se, assim, da análise do inciso LIII que a pretensão a ele incorporada objetiva assegurar ao acusado o direito de ser submetido a processo e julgamento não apenas no juízo competente, como também por órgão do Poder Judiciário regularmente investido, imparcial e, sobretudo, previamente conhecido segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à prática da infração penal.

Associado aos princípios mencionados e como decorrência da separação de funções para pessoas distintas, tem-se a criação de condições para que a imparcialidade, um dos principais pressupostos processuais, se efetive, uma vez que não há de se pensar no sistema acusatório desconectado desta.

Nesse sentido, a imparcialidade que para Aury Lopes (2018) é “garantida pelo

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...].”

⁶ “Art. 5º. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

⁷ “[...] XXXVII - Não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...].”

modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório”, somente existirá quando ocorrer o afastamento do magistrado da atividade investigatória, além da característica já mencionada de separação das funções.

Oposta à imparcialidade, para Aury Lopes Jr. (2018), a parcialidade “significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador”, criando desconfiança e incerteza para com os atores processuais.”

Ainda sobre a imparcialidade, relevante se faz mencionar que esta fica comprometida quando o julgador tem poderes de gestão probatória, atitude que vai de encontro aos princípios processuais, pois o Estado tem que ocupar no processo uma posição de terceiro imparcial. Nesta esteira, leciona Aury Lopes Jr. (2018):

A gestão/ iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade- o princípio supremo do processo.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 95, estabelece garantias e impedimentos, vide vitaliciedade, que preconiza cargo vitalício (não perpétuo) para o julgador; a inamovibilidade, na qual só podem ser movidos por interesse público e a irredutibilidade do subsídio. Modo contínuo, elenca vedações, como a impossibilidade de exercer, enquanto magistrado, outra atividade que não seja o magistério, receber custas ou participação em processo, sob risco de prejudicar a imparcialidade, dedicar-se à atividade político-partidária, receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as previstas em lei, e o exercício da advocacia.

Verifica-se que a norma constitucional supracitada foi criada para a garantia de que o magistrado não se submetesse a controles externos, como os políticos ou administrativos. Ademais, determina garantias e vedações ao magistrado para que ele possa atuar atendo-se apenas ao que lhe foi solicitado, e assim, proporcionar ao infrator o pleno acesso à justiça e a efetivação da imparcialidade. Consoante resta explícito por Fernando Capez (2018):

O juiz situa-se na reação processual entre as partes e acima delas (caráter substitutivo), fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade do julgador.

Já no Código de Processo Penal, em seu art. 95, são tratadas as exceções processuais. De acordo com Renato Brasileiro (2017, p. 1.110), se um acusado pode se defender diretamente da imputação alegando uma causa excludente de ilicitude, por exemplo, pode se defender também por meio de uma defesa indireta, caso faltem pressupostos processuais, condições da ação ou o juízo seja incompetente. Para isso, o Código de Processo Penal Brasileiro, em seu art. 95⁸, determina as exceções processuais.

Eugênio Pacelli (2017) leciona que as causas de impedimento, delimitadas no art. 252 da Constituição Federal, são relacionadas com fatos e circunstâncias subjetivas encontradas em regra dentro do processo, na qual o juiz estará impedido de exercer jurisdição. São elas: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Se as causas de impedimento são fatos e circunstâncias de dentro do processo, as causas de suspeição, como leciona Renato Brasileiro (2017, p. 1.217), “são circunstâncias subjetivas relacionadas a fatos externos ao processo, capazes de prejudicar a imparcialidade do magistrado”.

Segundo o art. 254 do Código de Processo Penal, são elas: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

⁸ “Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:

I- Suspeição;
II- Incompetência de juízo;
III- Litispendência;
IV- Ilegitimidade de parte;
V- Coisa julgada.”

Nesse contexto, é importante analisar o inciso I do referido artigo, apresentando decisões judiciais dos Tribunais de Justiça do Pará e Mato Grosso respectivamente como materialização do que se é proibido no texto legal, vejamos:

EXCEÇÃO DE SUSPEICAO - PROCESSO PENAL - **AMIZADE INTIMA ENTRE JUIZ E PROMOTOR**. A NORMA PROCESSUAL PENAL DO INCISO I, DO ARTIGO 254, DIRIGE-SE A AMIZADE QUE POSSA EXISTIR ENTRE O JUIZ E AS PARTES E NAO ENTRE AQUELE E O ADVOGADO OU REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE NA DECISÃO QUE DECRETOU A PRECLUSÃO DA COISA JULGADA E DA DECISÃO QUE DETERMINOU QUE A ARGUIÇÃO E SUAS PROVAS FOSSEM EXTRAÍDA DOS AUTOS. INSUBSISTENTE. PARCIALIDADE NO RECEBIMENTO DA DENUNCIA. INOCORRÊNCIA. SUSPEICAO NAO ACOLHIDA. UNANIMIDADE.⁹ (grifo nosso)

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - PROCESSO PENAL - **INIMIZADE CAPITAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO VERIFICADA - EXCEÇÃO REJEITADA, COM O PARECER**.¹⁰ (grifo nosso)

Nos casos acima, não comprovadas as situações demonstradas nos incisos sobre as causas de impedimento, não foram reconhecidas as exceções alegadas, o que garantiu efetividade ao princípio constitucional da imparcialidade do julgador.

O derradeiro sistema processual a ser tratado, é o misto. Caracteriza-se por ser mista a persecução penal quando na primeira fase, inaugurada através do inquérito policial, o processo é inquisitivo e sigiloso, e o investigado um objeto de investigação, sem a possibilidade de exercício do contraditório; ainda, há a segunda fase, quando se encerra o inquérito com a instauração da ação penal, onde passam a existir garantias constitucionais, como leciona Leônia Bueno (2016).

Não há aqui unanimidade doutrinária para determinar que esse seja o sistema preponderante no ordenamento jurídico brasileiro. No modelo clássico, o sistema processual brasileiro é o misto, porém, esta visão está superada conforme entendimento de doutrinadores como Nestor Távora, Eugênio Pacelli e Guilherme Madeira. Estes apontam que sob a vertente da Constituição Federal de 1988 pode ser considerado acusatório, por apresentar garantias do sistema acusatório na fase de acusação. Exemplo disso, é a necessidade de imparcialidade do juiz que vá expedir medidas cautelares no inquérito, visto que, são medidas que atentam contra a propriedade, intimidade,

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. EXS 509113. Relator: Nadja Nara Cobra Meda - Juíza Convocada, Câmaras Criminais reunidas. Pará, 28 de abril de 2014. **Dje**. Pará, 02 de maio de 2014.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Mandado de Segurança nº 0000343-84.2017.8.12.0003. Relator: Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal. Mato Grosso do Sul, 27 de julho de 2017. **Dje**. Mato Grosso do Sul. 08 de maio de 2019.

inviolabilidade de domicílio e liberdade.

Por ser a imparcialidade uma grande garantia processual, na discussão aqui levantada, independentemente de o Processo Penal Brasileiro adotar o sistema acusatório ou misto, o mencionado princípio não deixaria de ser fundamental, inclusive por estar presente em ambos os citados sistemas e por ter expressa previsão normativa.

Portanto, é importante destacar que são necessárias melhorias no exercício dessa imparcialidade, principalmente com relação aos aspectos psicológicos do julgador. Logo, surge a possibilidade de interligação da ciência do direito com outras ciências como a economia, para a análise econômica do direito, a matemática, para a teoria dos jogos, por exemplo, e nessa interdisciplinaridade, também a ciência literária, para que diante da visão crítica que esta proporciona, o operador do direito possa ter uma melhor visão do processo e do que se objetiva com ele.

3 DIREITO E LITERATURA MACHADIANA

3.1 DIREITO E LITERATURA – O REALISMO LITERÁRIO

A literatura é uma das maneiras de expressão artística e cultural de uma sociedade feita por meio das palavras e que pode ser relacionada com a ciência jurídica, visto que, para a compreensão dos fatos e das ações humanas “dependemos do tamanho do nosso mundo, dos limites da nossa linguagem, da condição de podermos dizer o mundo, significá-lo”, como observamos na fala do professor Lênio Streck quando cita o jurista Elias Dias. Ainda, ao abordar esta relação, pontua sobre a possibilidade de a literatura permitir a humanização e enriquecimento do direito pois todas as coisas têm maneiras diferentes de serem ditas ou mostradas, bem como sofrem as normas e os enredos, por exemplo, com a ambiguidade das palavras.

Somado a isso, a literatura nitidamente se reveste da posterior função: a da sua versão crítica. Tal situação ocorre no momento em que se converte em uma forma exponencial e privilegiada de reflexão filosófica, antropológica, sociológica, dentre outros.

Logo, se faz importante conhecer o contexto no qual o tema se insere e assim, entendê-lo de uma forma mais esclarecedora para analisar os casos nos quais esse fenômeno acontece e assim fiscalizar a atividade judicial.

Nesse sentido, sabendo que o direito é uma construção social, este deve ser compreendido mediante a relação com outros setores de estudo, sob pena de um empobrecimento e insuficiência de meios para o seu pleno exercício (TEÓFILO, [s.d]). Somado a isso, mostra a relevância de relacionar a literatura com a ciência jurídica, pois “promove uma reflexão a qual nos faz repensar acerca dos fenômenos, das instituições, dos hábitos, das práticas, dos costumes.” (TEÓFILO, [s.d]).

Para a ciência jurídica, a literatura ao se agregar com o direito “desenvolve a imaginação e refina capacidades que auxiliam na análise crítica da realidade dos problemas humanos para melhor enfrentá-los e transformá-los” da mesma maneira que evita interpretações meramente formais e cientificistas (DUARTE; MADERS, p. 168, 2016).

Concretizando a relação aqui discutida entre as duas ciências, foi escolhido o autor Joaquim Maria Machado de Assis – cuja vida e obras serão exploradas na seção seguinte –, um dos grandes nomes da literatura brasileira, que tinha como preocupação a representação dos aspectos psicológicos como ponto central das histórias aqui trabalhadas (GARBUGLIO, 1992, p. 3).

Em sua vasta obra pode-se encontrar escolas literárias como o romantismo e o realismo. Foi o principal representante deste último movimento, que “buscava retratar cenas e personagens da maneira mais precisa possível” (CANTON, O LIVRO DA LITERATURA, 2018, p. 156), procurando mostrar em seus personagens, por meio do humor, ironia e análise psicológica, a realidade social do Brasil.

Precedendo o realismo, o romantismo era a escola que tinha a função de entreter e distrair, e já em suas últimas fases, assume a postura próxima a do realismo, de apontar os problemas sociais de maneira verossímil e concreta para que pudessem ser resolvidos (GASPARETTI, 2010, p. 15).

Desse modo, o realismo na obra de Machado que tinha “haver com as questões suscitadas pelo colonialismo e pela escravidão” (CANTON, O LIVRO DA LITERATURA, 2018, p. 185), deixa de ser trabalhado de maneira linear como no romantismo, e o diálogo com o leitor, a metalinguagem e o cientificismo são aspectos explorados.

Joaquim Maria Machado de Assis, carioca, nasceu em 21 de junho de 1839, no Morro do Livramento. Filho de um pintor e de uma lavadeira, foi criado por sua madrinha, pois seus pais morreram muito cedo. Nesse contexto, não tinha recursos para poder estudar, ainda assim, publicou seu primeiro trabalho literário (um soneto) aos

quinze anos incompletos – era autodidata (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, [s.d]).

Em 1859, ingressou como aprendiz de tipógrafo na imprensa; publicou seu primeiro livro em 1861; no ano seguinte era censor teatral; posteriormente fora nomeado assistente de diretor de publicação do Diário Oficial; casou-se em 1869 com Carolina Augusta, com quem permaneceu casado por 35 anos.

Desde 1872, publicou vários romances, crônicas e peças em folhetins e livros, como “A mão e a luva”, “Ressurreição” e “Tu, só tu, puro amor”. Em 1881, publicou “Memórias póstumas de Brás Cubas”, livro que daria um novo rumo à sua carreira literária. Jornalista, cronista, contista, romancista, poeta e teatrólogo, foi fundador da cadeira n.º 23 da Academia Brasileira de Letras, na qual foi presidente por mais de dez anos, que também passou a se chamar “Casa de Machado de Assis”.

Machado, abrangendo vários gêneros literários com suas inúmeras obras, tornou-se um dos maiores escritores brasileiros. Com sua ironia e análise psicológica dos personagens, inaugurou o movimento do realismo literário no Brasil.

3.2 ANÁLISE DE OBRAS SELECIONADAS - “DOM CASMURRO” E O “ALIENISTA”

Duas obras de Machado de Assis se conectam quando se parte para análise de personagens e narrações em primeira pessoa: “Dom Casmurro” e “O Alienista”. Ambas expostas do ponto de vista do narrador participante que acompanha o leitor, deixando-o sujeito a interações morais e provoca a diminuição da credibilidade dos fatos ali expostos.

Em “Dom Casmurro”, o personagem Bentinho escreve a história já solitário e cercado da dúvida de ter sido traído, pois seu filho parece com o melhor amigo Escobar e Capitu sente com intensidade a partida deste durante o velório. Por narrar a história em primeira pessoa, tem a oportunidade de não somente narrar, mas dramatizar fatos e personagens, bem como a si mesmo, misturando-se em uma personalidade forte (CORDEIRO, [s.d], p. 291).

Em consequência de fatos como ciúme exacerbado da sua esposa, a demora para o nascimento no filho e as semelhanças físicas deste com Escobar, Bentinho desenvolve quadros mentais paranoicos, como se confirma no seguinte trecho da obra (ASSIS, 1992):

Não, meu amigo. Venho explicar-te que tive tais ciúmes pelo que podia estar na cabeça de minha mulher, não fora ou acima dela. É sabido que as distrações de uma pessoa podem ser culpadas, metade culpadas, um terço, um quinto, um décimo de culpadas, pois que em matéria de culpa a graduação é infinita. A recordação de uns simples olhos basta para fixar outros que os recordem e se deleitem com a imaginação deles (São Paulo, 1996).

Ao final da narração, em consequência das suas confusões mentais, cogita tirar sua própria vida, porém o filho intervém no momento, e ele pensa em tirar a vidadeste e desiste.

Já em “O Alienista”, cujo personagem principal é o Dr. Simão Bacamarte, um médico que se dedicou a estudar a loucura, conforme se vê em trecho da obra a seguir (ASSIS, 1992, p.12):

[...] O principal nesta minha obra da Casa Verde é estudar profundamente a loucura, os seus diversos graus, classificar-lhe os casos, descobrir enfim a causa do fenómeno e o remédio universal. Este é o mistério do meu coração. Creio que com isto, presto um bom serviço à humanidade.

Este optou por finalizar sua vida sozinho, como “Dom Casmurro”, isolado na própria clínica, longe da esposa que escolhera e não pôde dar-lhe filhos, por não ter conseguido o resultado que pensava, e se nomear por louco.

Nesse contexto, pontua Garbuglio (1992, p. 5): “Ora, Simão Bacamarte e Ciência se identificam no conto, de modo que seu procedimento, guiado pelos pressupostos de uma ciência que se arroga o arbítrio de classificar a razão humana, é a própria cegueira da Ciência em face do homem.”

Mesmo caso ocorre com a figura do magistrado no processo penal, quando este participa da produção probatória e decide o caso no qual está inserido com base em suas convicções, contaminando assim a sua decisão.

Essa abertura interpretativa a qual dispõe o magistrado é possível devido a evolução da função deste ao longo do tempo, pois não tinha independência e era mero aplicador da lei e da vontade dos tribunais (AGUIAR; NARDI; TABAK, 2017, pág. 181). Porém, após a Revolução Francesa, é superado o pensamento do direito ser apenas positivo e o juiz só apreciar as provas de acordo com o valor que as leis definiam e passa a ser um juiz interpretador, analisando livremente as provas, desde que as fundamenta.

No momento em que uma pessoa interpreta a realidade de acordo com os seus conceitos, o resultado dessa interpretação será repleto de opiniões e convicções

defendidas por essa pessoa, como o “Bentinho” e o “Alienista”.

Nesse contexto, serão dissecadas a seguir as mencionadas obras para que, sabendo o enredo destas, seja possível o estudo e comparação dos personagens, bem como a observação de fatos e comportamentos relevantes para relacionar à problemática jurídica aqui discutida.

4 APLICAÇÃO DA “SÍNDROME DE DOM CASMURRO” E “O ALIENISTA” NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Carnelutti (2009, p. 45), em sua obra “As Misérias do Processo Penal”, expõe a posição na qual se encontra o magistrado (super partes¹¹) e a contradição em um homem ser parte e não parte ao mesmo tempo em uma relação processual. Dessa maneira, retoma-se assim a questão que envolve o direito constitucionalmente garantido – a imparcialidade do julgador no processo penal. Ensinações essas que podem ser resumidos na sua própria frase, *in verbis*: “Nenhum homem, se pensasse no que é necessário para julgar outro homem, aceitaria ser juiz”.

O referido autor evidencia a dificuldade de uma pessoa estar no papel de verificação da inocência de outra pessoa que passará por julgamento, e a decisão desse dissenso poder resultar em uma consequência grave, que é a privação de liberdade. Tal dilema é parte da crise da imparcialidade da qual sofre o Processo Penal brasileiro, apontada por notáveis doutrinadores como Madeira, Alexandre de Moraes e Aury Lopes. Este último, no evento da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em agosto de 2018, no terceiro painel do seminário que teve como tema “Crise Identitária do Juiz Penal”, ponderou:

É muito difícil ser um juiz criminalista no Brasil, hoje, com esse nível de pressão que ele sofre. Nosso sistema processual é ultrapassado e o mesmo juiz participa de todo o processo, ou seja, recebe a acusação e realiza a instrução e o julgamento. Isso afeta sua imparcialidade na hora do julgamento, pois ele já teve acesso a todo o processo anteriormente.

Desse modo, verifica-se o comprometimento da imparcialidade desse juiz, dotado de poderes instrutórios e com liberdade probatória, como pontua Nestor Távora (2017), constatação que nos leva a crer na incompatibilidade psicológica deste ao proferir uma

¹¹ “Acima das partes”.

decisão. Tal fato, dessemelhante a princípios anteriormente tratados, como inércia e imparcialidade.

Esse juiz, “dotado de poderes investigatórios, primeiro decide e depois sai a procura de material probatório para alicerçar e justificar sua decisão” (ZANETTI, 2017), enquadrando-se no conceito da chamada “Síndrome de Dom Casmurro no Processo Penal”, influência direta da literatura brasileira no direito, a qual trata do magistrado que determina diligências de ofício na fase investigatória do processo, confundindo a sua atividade de julgador com as de acusador e investigador, contrariando os princípios processuais da imparcialidade e inércia, levando-o a envolver-se em quadros mentais paranoicos, confusões que ocorriam na obra com o personagem Dom Casmurro (MASSON, 2015).

É notável essa aplicação dos quadros mentais paranoicos em relação ao personagem, quando na obra o Bentinho narra:

Cheguei a ter ciúmes de tudo e de todos. Um vizinho, um par de valsa, qualquer homem, moço ou maduro, me enchia de terror ou desconfiança (1996, p. 150).

Quando nem mãe nem filho estavam comigo, o meu desespero era grande, e eu jurava matá-los a ambos, ora de golpe, ora devagar, para dividir pelo tempo da morte todos os minutos de vida embaçada e agoniada (1996, p. 168).

Partindo da ideia de que fora traído por sua esposa Capitolina, Bento, em confuso estado psicológico, expõe os fatos durante o conto de maneira a induzir que o leitor conclua junto com ele seu pensamento, veja-se:

Capitu, apesar daqueles olhos que o diabo lhe deu... Você já reparou nos olhos dela? São assim de cigana obliqua e dissimulada (1996, p. 45). “Como vê, Capitu aos quatorze anos, tinha já idéias atrevidas, muito menos que outras que lhe vieram depois; mas eram só atrevidas em si, na prática faziam-se hábeis, sinuosas, surdas, e alcançavam o fim proposto, não de salto, mas aos saltinhos (1996, p. 38).

A essa busca seletiva de informações, dá-se o nome de viés de confirmação, o qual “nada mais é do que um desvio cognitivo presente no indivíduo que o leva a adotar informações que confirmem suas crenças” (AGUIAR; NARDI; TABAK, 2017, p. 184). Tal fenômeno pode ser observado no magistrado, que faz com que essa confirmação baseada em seus pontos de vista maculem a sentença proferida devido a interpretações fáticas e normativas viciadas.

Ante ao exposto, convém ainda analisar a influência do estado psicológico do magistrado, sabendo que o mesmo está sujeito a crenças, convicções, ideias e posicionamentos que podem interferir em sua profissão.

É sabido que o direito é um fenômeno social, pois, trata-se de um conjunto de normas que disciplinam as relações sociais no campo em que cada indivíduo está inserido (LÉVY-BRUHL, 2000, p. 20). Com isso, Émile Durkheim em “As regras do Método Sociológico” trata dessas relações entre os indivíduos, observando maneiras de ação e pensamento exteriores a eles com poder coercitivo em virtude do qual, esses fatos sociais, como denomina, são impostos aos mesmos (DURKHEIM,1999, p. 3).

Explica ainda que “o homem não pode viver em meio às coisas sem formar a respeito delas ideias, de acordo com as quais regula sua conduta” e que naturalmente ocorre no ser humano é a tendência de utilizá-las no lugar da realidade (DURKHEIM,1999, p. 15-16), e por conseguinte, para o correto estudo desses fatos sociais faz-se necessária a desconexão desses pontos de vista e preconceitos, visto que “uma postura científica requer uma mente que está aberta à evidência dos sentidos e livre de ideias preconcebidas que vem de fora” (GIDDENS, 2005).

No direito processual penal, o juiz, importante parte do processo, que se encontra incumbido da função de acusador e julgador, exerce papéis conflitantes psicologicamente, o que somado às suas convicções, pode ser enquadrado na teoria da “dissonância cognitiva”, a qual, segundo Aury Lopes (2018):

(...) analisa as formas de relação de um indivíduo frente as suas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de “consonância” (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estressegerado.

Teoria da psicologia social, a dissonância cognitiva, estudada pelo pesquisador Leon Festinger na década de 50, trata da tendência natural de o ser humano buscar equilíbrio em seus conhecimentos, sujeito à consequência de experimentar um estado de dissonância, ou seja, o rompimento desse equilíbrio, tornando insuportável essa incoerência psíquica. Exemplo disso, quando se toma uma decisão em determinado sentido a tendência é que seja mantida, para que não se tenha outra em sentido diferente; por isso, é indissociável do processo penal, pois, este é composto de relações entre juiz, partes, e Ministério público (RITTER, 2019).

Partindo desse pressuposto, Schunemann em pesquisa de campo, confirma a hipótese de “quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com que ele a condenará” (SCHUNEMANN, *apud*, LOPES, 2018). Nessa conjuntura, é notável que o “suspeito” magistrado persegue o acusado, impedindo-o de produzir provas de sua inocência, fato legitimador de uma prática judicial deficiente, distante do devido processo legal, que lhe dá uma postura protagonista no processo (FAYET; POLL, 2018, p. 659).

Da mesma maneira ocorre na obra “O Alienista”, onde Dr. Simão segue com pensamentos enviesados sobre comportamentos considerados como loucura para tratar os cidadãos da vila de Itaguaí que não se enquadravam no seu padrão de hábitos de pessoas saudáveis.

Foi observada, portanto, a relação entre os personagens das obras de Machado de Assis com o julgador no processo penal, pois, tanto o “Dom Casmurro”, o “Alienista”, e o julgador, partem de premissas próprias de avaliação da realidade, e que poderão influenciar no resultado de suas compreensões da realidade.

Muitos casos podem ser analisados sob a perspectiva da “Síndrome de Dom Casmurro no Processo Penal”, resultante da interdisciplinaridade do direito com a produção literária, por exemplo, o caso “Mãos limpas (*mani pulite*)” e a “Operação Satiagraha”.

O primeiro, ocorrido na Itália, motivado pelo uso de recursos do poder público em benefício de particulares e a grande corrupção na qual se encontrava a vida política de Milão, “constituiu uma das mais exitosas cruzadas judiciárias contra a corrupção política e administrativa” (MORO, 2004, p. 70). Notável é a consideração da atividade judiciária como preponderante para a investigação dessa operação, a qual deveria ser auxiliar, respeitando seus princípios e limites.

Já com relação à operação Satiagraha, comandada pelo na época delegado da Polícia Federal, Protógenes Queiroz, foi responsável pela investigação de crimes de corrupção e lavagem de dinheiro nos negócios do Grupo Opportunity, comandado pelo banqueiro Daniel Dantas (VALENTE, 2014). Marcada pela presença de atitudes imparciais do julgador, como enviar um ofício secreto para justificar as medidas judiciais tomadas nesse procedimento de investigação e não o juntar aos autos, foi

anulada devido as provas terem sido maculadas por atividade jurisdicional atípica (GOMES, 2009).

Outro caso válido de mencionar é a Operação Lava Jato. Uma das maiores operações penais do país contra a corrupção, a qual, apesar de estar em curso no momento, envolve réus de grande presença, é um caso emblemático com forte temática social. Trabalha-se nele, o vazamento de dados celulares dos operadores do direito participantes dessa operação e, ainda que não confirmada a veracidade das informações, na hipótese de que fossem verdadeiras, demonstrariam a transgressão da imparcialidade do juiz.

Diante dessa exposta crise da imparcialidade do julgador e do envolvimento demasiado do mesmo no processo, mister se faz observar outro apontamento do processualista Aury Lopes no evento da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (2018):

Temos que mudar a nossa cultura e estrutura jurídica. Nosso processo não cria as condições mínimas de julgamento a luz da imparcialidade. Precisamos de uma estrutura que mantenha o juiz efetivamente distanciado das partes.

Desse modo, é notória a necessidade de apresentação de soluções eficazes para o desfecho desse questionamento posto, bem como a otimização do curso do processo penal constitucional. Por soluções da crise da imparcialidade, observa-se a ampliação da perspectiva do processo, que está delimitado apenas ao previsto em lei, e este deve afastar-se dessa concepção hermética para que haja estudos interdisciplinares capazes de suprir as lacunas legais.

Bem como, evitar as condições que submetam o magistrado a esse conflito de papéis, causando nele o contato com uma incoerência psíquica, a título de exemplo, a diferenciação do juiz de garantias do juiz de sentença. Tal proposta, é objeto do Projeto de Lei n.º 4.981/2019, apresentado pelo senador Cid Gomes, com o objetivo de instituição de um juiz de garantias na fase investigatória¹². Desse modo, “o juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, não podendo ficar alheio frente à ocorrência de violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados” (GARCIA, 2014, p. 148).

As alternativas expostas nos permitem concluir que é possível o exercício

¹² Ementa do Projeto de Lei: “Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para estabelecer a figura do Juiz das Garantias responsável pela supervisão da investigação criminal.”

processual pautado no princípio da imparcialidade, e que ela pode ser resguardada quando se busca um terceiro imparcial que não participa da produção probatória, como ocorre na obra “Dom Casmurro” com o Bentinho (narrador ator e com liberdade de organização fática), mas sim observa as provas já existentes e decide com o mínimo de influências possíveis.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste estudo proporcionou a análise da relação da ciência jurídica com a produção literária de um dos maiores escritores da literatura brasileira – Machado de Assis. Por ser o direito fruto de relações sociais, e a literatura uma maneira de expressão da produção cultural de uma sociedade, relacioná-los é fundamental para que haja uma maior abrangência da aplicação do direito para os cidadãos que dele necessitam.

Conforme o já mencionado art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cada ser humano é detentor do direito a justa audiência por parte de um tribunal imparcial para decidir sobre seus direitos, em vista disso, é imprescindível que o processo penal suceda consoante princípios constitucionais como o devido processo legal e a imparcialidade.

Por conseguinte, a fim de realizar esse devido processo, é indispensável que o juiz se distancie de condutas capazes de comprometer suas decisões. Ainda que consequentemente prejudique os réus, tratados de maneira díspar, bem como a paz social, visto que, quando um processo pode ser anulado pela suspeição do julgador, o cidadão que infringiu as normas penais, não terá sua devida penalidade.

O Juiz, restrito ao contexto legal, não é sensível o bastante para reconhecer situações dissonantes e condutas comprometedoras da imparcialidade. Por isso, é imprescindível a abertura de horizontes do processo penal para que estudado e entendido mediante a interdisciplinaridade com outras ciências e a cultura, a título de exemplo, seus problemas sejam enfrentados de maneira mais adequada à sociedade a qual o direito é aplicado.

A “Síndrome de Dom Casmurro” merece visibilidade no meio jurídico para que seja resolvida ou mesmo evitada. Com a contribuição de pesquisas científicas, de teorias psicológicas e de soluções processuais, é possível o reconhecimento desse problema e

sua solução, principalmente em um país no qual os problemas psicológicos ainda são tratados como tabu e muitas vezes são apenas desatendidos do meio social.

Veja-se que nas duas obras abordadas, os narradores enviesados e atores na trama, tiveram liberdade de organizar suas narrações e com isso não precisaram experimentar o desconforto da situação conflituosa. Na hipótese de cada uma delas ser narrada por um terceiro imparcial, talvez fosse possível resolver a comum pergunta entre os leitores de “Dom Casmurro”: “Capitu traiu Bentinho?”, ou até mesmo, em “O Alienista”, não conduzir o leitor à opinião de que a maioria dos habitantes de Itaguaí eram loucos.

Com base nisso, o direito em sua completude pode oferecer como solução a inserção de um juiz de garantias no processo penal o qual deve resguardar princípios e direitos do infrator, bem como o cumprimento do devido processo legal, em razão de uma contribuição artística e cultural.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro**. 9. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ASSIS, Machado de. **O Alienista**. [s.e.]. São Paulo: Editora Atica, 1992.

ASSIS, Machado de. **O Alienista**. [s.e.]. São Paulo: Martin Claret, 1992.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 ago 2019.

BRASIL. **PL nº 4981**, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para estabelecer a figura do Juiz das Garantias responsável pela supervisão da investigação criminal. Brasília, DF: Senado Federal, [2019]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138689>. Acesso em: 17 set 2019.

BUENO, Leônia. **Evolução Histórica do Processo Penal**. 2016. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17363/material/RESUMO%202.pdf>. Acesso em: 13 set 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. **O juiz das garantias na investigação preliminar criminal**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Recife. 2016. Disponível em:
[https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/Daniell e SouzadeAndrade/O_juiz_das_garantias_REv_SJPE_n9_2019.pdf](https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/Daniell%20e%20SouzadeAndrade/O_juiz_das_garantias_REv_SJPE_n9_2019.pdf). Acesso em: 29 out 2019.

CRIMINAL PLAYER. Imparcialidade e Dissonância cognitiva. Produção de Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr. Ep. 27. Entrevistador: Alexandre Morais da Rosa. Entrevistado: Ruiz Ritter. 26 out 2019. *Podcast*. Disponível em: Plataforma digital – Spotify. Acesso em: 29 out 2019.

DUARTE, Isabel Cristina Brettas; MADERS, Angelita Maria. **O direito e a literatura cruzando os caminhos da justiça poética: uma estrada sem fim?**. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO E LITERATURA, IV., 2016, Vitória. *Anais...* Vitória: RDL, 2016.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAYET, Fábio Agne; POLL, Roberta Eggert. **Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n.2, p. 645-667, mai./ago. 2018. Disponível em:
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.143>. Acesso em: 26 out 2019.

GARCIA, Alessandra Dias. **O juiz das garantias e a investigação criminal**. 2014. Dissertação de Mestrado – Curso de Pós-Graduação *strictu sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em:
https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23092015-092831/publico/ALESSANDRA_DIAS_GARCIA DISSERTACAO_O_JUIZ_DAS_GARANTIAS.pdf. Acesso em: 15 out 2019.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Sandra Regina Netz. [s.e]. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Juiz que investiga não pode julgar (STJ suspende a ação penal no caso Castelo de Areia)**. 2009. Disponível em:
<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2087508/juiz-que-investiga-nao-pode-julgar-stj-suspende-a-acao-penal-no-caso-castelo-de-areia>. Acesso em: 20 out 2019.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: Volume único. 5. ed. rev., ampl.

e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MASSON, Cléber. **Síndrome de Dom Casmurro no Processo Penal**. 2015. 1 vídeo (8m 32s). Publicado pelo canal Anna Karina Maia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Hij6d2tplF8>. Acesso em: 27 out 2019.

MORO, Sergio Fernando. **Considerações sobre a operação mani pulite**. Revista CEJ, v. 8, n. 26, 2004. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/ojs2>. Acesso em: 21 out 2019.

O LIVRO DA LITERATURA. Organizado por James Canton, *et al.* Tradução de Camile Mendrot, *et al.* 1. ed. São Paulo: Globo, 2018.

PARIS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 30 set 2019.

PORQUE o direito precisa da literatura. 2014. 1 vídeo (10s). Publicado pelo canal TV e Rádio Unisinos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4QnEWihhCL4>. Acesso em: 11 nov 2019.

SEMINÁRIO A CAMINHO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. 2018, Rio de Janeiro. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)**, 2018. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/Diretor-da-EMERJ-destaca_em-seminario_importancia-do-debate-sobre-sistema-processual-penal.html. Acesso em: 27 out 2019.

TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. **O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal**. Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, n. 70, pp. 177 - 196, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1864/1766>. Acesso em: 27 out 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VALENTE, Rubens. **Operação Banqueiro: as provas secretas do caso Satiagraha**. São Paulo: Geração Editorial, 2014.

**A INEFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA:
A QUESTÃO INDÍGENA – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA OBRA DE EDUARDO
GALEANO**

Maria de Nazaré Filgueira Passos de Amorim¹

Marco Aurélio de Medeiros Jordão²

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a ineficácia dos Direitos Humanos frente aos interesses indígenas na América Latina sob a perspectiva literária de Eduardo Galeano, que possuía um olhar atento e sensível ante as questões das minorias. A partir de duas das principais obras de Galeano, serão observados os infortúnios vivenciados pelos povos indígenas desde a época do suposto descobrimento do Novo Mundo. Em seguida, serão analisadas as teses de Francisco de Vitória e sua contribuição para a compreensão do vigente princípio da autodeterminação dos povos, bem como possíveis soluções para o alcance dessa autodeterminação com base no “*ius naturale*” e “*ius gentium*”. Ato contínuo, passando para uma reflexão sobre a ineficácia dos direitos na conjuntura atual e, sob a análise de Wolkmer, averiguar-se-á a urgente necessidade de se instituir uma cultura político-jurídica na América Latina mais democrática e plural, que viabilize a inclusão das minorias. O artigo contará também com a contribuição do pensamento político de Hannah Arendt e sua perspectiva sobre o genocídio como crime contra a humanidade. A pesquisa em tela objetiva explicar sobre a situação de vulnerabilidade que se encontram os povos indígenas no cenário da América Latina, buscando uma compreensão sobre as razões da ineficácia dos Direitos Humanos nessa região, que contribuiu para a dizimação dos povos originários. Para tanto, os métodos utilizados na presente pesquisa foram o método de abordagem indutivo, os métodos de procedimento histórico, comparativo e tipológico sob uma técnica de pesquisa bibliográfica. Ao final, constatou-se que a visibilidade do crime de genocídio indígena dentro de um espaço político internacional eficiente dará uma maior segurança jurídica aos povos nativos originários da América Latina.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: mariafilgueira91@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: marfilobr@hotmail.com

Palavras-chave: Direitos humanos. América latina. Ineficácia. Povos indígenas. Genocídio.

**THE INEFFICACY OF HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA: AN INDIGENOUS-
SUE – UNDER AN ANALYSIS FROM THE VIEWPOINT OF EDUARDO GALEANO'S
WORK**

ABSTRACT

The present work aims to analyze the ineffectiveness of Human Rights against indigenous interests in Latin America from the literary perspective of Eduardo Galeano, who had an attentive and sensitive look at minority issues. From two of Galeano's main works, the misfortunes experienced by indigenous peoples since the time of the supposed discovery of the New World will be observed. Then, Francisco de Vitória's theses and his contribution to the understanding of the current principle of self-determination of peoples will be analyzed, as well as possible solutions for achieving this self-determination based on "ius naturale" and "ius gentium". Continuous action, moving to a reflection on the ineffectiveness of rights in the current situation and, under Wolkmer's analysis, the urgent need to establish a more democratic and plural political-legal culture in Latin America that will enable the inclusion of minorities. The article will also feature the contribution of Hannah Arendt's political thought and her perspective on genocide as a crime against humanity. The research on screen aims to explain the situation of vulnerability faced by indigenous peoples in the Latin American scenario, seeking an understanding of the reasons for the ineffectiveness of Human Rights in this region, which contributes to the decimation of indigenous peoples. For that, the methods used in the present research were the method of inductive approach, the methods of historical, comparative and typological procedure under a bibliographic research technique. In the end, it was found that the visibility of the crime of indigenous genocide within an efficient international political space will give greater legal security to the native peoples of Latin America.

Keywords: Human rights. Latin America. Ineffectiveness. Indian people. Genocide.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, na América Latina, mesmo diante de tanta repressão ao longo dos séculos e, mesmo diante dos avanços constitucionais que visam a garantia de seus direitos fundamentais, os povos nativos originários ainda lidam com a violação de seus direitos, tendo a sua existência constantemente ameaçada, o que torna notória a inoquidade dos Direitos Humanos direcionados a esses povos nessa região. Nesse sentido, o presente trabalho tem como principal problemática identificar porque os Direitos Humanos atuam de forma ineficaz em relação às minorias indígenas na América Latina, resultando na perpetuação do genocídio³ dessas minorias, como levantado por Eduardo Galeano.

As políticas públicas adotadas atualmente para garantir os direitos indígenas são insatisfatórias, levando a uma espécie de falência dos Direitos Humanos. Nesse seguimento, a partir das reflexões das obras de Eduardo Galeano, o objetivo geral do presente trabalho se propõe a explicar a situação de vulnerabilidade que se encontram os povos “indígenas” da América Latina a fim de buscar compreender as razões da ineficácia dos Direitos Humanos nessa região e porque ainda ocorre a dizimação dos povos originários.

Já os objetivos específicos, se propõem a discutir como se originou a problemática abordada e os ideais de mitigação das minorias que contribuem para o genocídio do povo indígena; refletir alternativas para conter as violações sofridas pelas comunidades indígenas, preservando a sua existência e a valorização dos Direitos Humanos; e compreender as especificidades desse povo, que deve ter o seu direito à diferença respeitado e garantia de igualdade na aplicação dos direitos fundamentais, que lhes são inerentes.

Para tanto, no primeiro capítulo será apresentado um diálogo com a literatura latino-americana, através de duas importantes obras de Eduardo Galeano, escritor uruguaio que tinha um olhar atento e sensível às questões sociais, de classe e, princi-

³ “Raphel Lemkin perdeu 49 membros de sua família, incluindo pai e mãe, em Treblinka. O trauma fez com que o advogado polonês dedicasse toda uma vida de privação a fazer com que as Nações Unidas aprovassem uma Convenção sobre o genocídio, termo criado por ele a partir das experiências de barbárie da Segunda Guerra Mundial – mas não relacionado exclusivamente a elas.”

IGNATIEFF, Michael. A invenção do genocídio. Revista Serrote. Disponível em: <https://www.revistaserrote.com.br/2020/06/a-invencao-do-genocidio-por-michael-ignatieff/>. Acesso em: 02/07/2021.

palmente, ostentava reflexões pertinentes sobre a opressão das minorias. A explanação de suas obras “As Veias Abertas da América Latina” e “De Pernas pro Ar – A Escola do Mundo ao Avesso”, nos permite uma visão ampla sobre a origem da problemática central do trabalho e sobre os obstáculos enfrentados pelos povos originários nativos.

Posteriormente, será demonstrado o pensamento de um importante teólogo e jusfilósofo dominicano, o frei Francisco de Vitória, que, diante das constantes guerras ocasionadas com o advento da conquista do Novo Mundo, passa a refletir sobre a legitimidade da dominação e exploração dos europeus sobre os colonizados, bem como sobre os direitos e deveres dos indivíduos e o conceito de guerra justa.

De forma geral, partindo para a atualização da problemática, no segundo capítulo será demonstrada a conjuntura atual, avanços legislativos, e as dificuldades enfrentadas pelos povos indígenas para a efetivação de seus direitos, bem como a questão do genocídio indígena, que ainda se faz presente.

Através dos argumentos de Antônio Carlos Wolkmer, renomado pesquisador e doutrinador da contemporaneidade, será retratada a ideia de inclusão das minorias, considerando que ainda há a sustentação de ideias que buscam a mitigação destas, evidenciando a necessidade de se pensar numa sociedade estruturada num pluralismo jurídico de caráter intercultural.

Dando prosseguimento, através da obra “A Reconstrução dos Direitos Humanos”, de Celso Lafer e com esteio no pensamento de Hannah Arendt, importante filósofa política alemã do século XX, será abordada dentro da perspectiva do crime de genocídio, a necessidade de um espaço político internacional mais eficiente para o combate aos crimes contra a humanidade, dentre eles, o genocídio indígena, cujo o reconhecimento ainda é despercebido e ignorado.

Para realizar este trabalho, adotou-se o método de abordagem indutivo. A indução é um processo mental que parte de dados particulares constatados e, a partir, destes, têm-se, provavelmente, uma verdade geral ou universal. Assim, argumentos indutivos, levam a conclusões de conteúdo mais amplo em relação às premissas que serviram de base. (Marconi e Lakatos, 2003, p.86).

Os métodos de procedimentos utilizados foram o histórico, que investiga acontecimentos, processos e instituições do passado a fim de verificar a influência na sociedade hodierna, partindo do princípio de que as formas de sociedades atuais, instituições e costumes têm origem no passado; o método comparativo, que, considerando o estudo das semelhanças e diferenças entre diversos tipos de grupos, sociedades ou povos, contribui para o entendimento do comportamento humano; e o método tipológico, que ao comparar fenômenos sociais complexos, desenvolve tipos ou modelos ideais, construídos por intermédio da análise de aspectos essenciais desses fenômenos⁴.

Quanto à técnica de pesquisa, foi utilizada a técnica de documentação indireta, com ênfase numa pesquisa bibliográfica. A documentação indireta implica no levantamento de dados a partir de variadas fontes. A pesquisa bibliográfica, abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, como por exemplo, revistas, livros, monografias, teses, até meios de comunicação orais, como rádio, filmes e televisão. Sua intenção não é repetir o que já fora dito, mas propiciar o exame de um tema sob um novo enfoque⁵.

Assim, através dos métodos utilizados e da técnica de pesquisa embasada na coleta de informações a partir de artigos, livros e revistas científicas, foi possível a análise de teses e opiniões diferentes sobre o mesmo assunto ou assuntos relacionados, possibilitando as conclusões deste trabalho.

A importância deste estudo está na urgência de haver uma melhor compreensão dos direitos dos povos indígenas no cenário da América Latina, para que sejam aplicados com eficiência e precisão, garantindo a manutenção de sua existência, considerando que tiveram o seu desenvolvimento interrompido e convivem com a constante ameaça de extermínio e aniquilação de suas culturas e tradições.

2 A ORIGEM DO INFORTÚNIO: OS POVOS NATIVOS NA ÉPOCA DO “DESCOBRIMENTO”.

2.1 “AS VEIAS ABERTAS DA AMÉRICA LATINA” – EDUARDO GALEANO

Na obra em epígrafe, publicada originalmente em 1971, tem-se como cenário

⁴ MARCONI e LAKATOS. Op.cit., p.106-107.

⁵ Ibid., p. 174 e 183.

a região da América Latina. Como é cediço, tal cenário, denominado pelo autor Eduardo Galeano de “a região das veias abertas”, fora inserido de maneira extremamente brusca no mercado capitalista internacional. O seu erroneamente chamado “descobrimento” deu início ao processo de colonização pelos europeus que fora estruturado sob profunda opressão, discriminação e exploração contra os que ali já habitavam. Nesta perspectiva, o autor remonta a um contexto histórico que deixaria marcas irreparáveis para o futuro.

Da leitura da obra, depreende-se que a cobiça dos colonizadores pelos recursos naturais encontrados no continente americano, estava além da vida dos povos originários nativos, que logo seriam denominados de “índios”. Esses povos foram submetidos à sucessivas barbáries, trilhando um pesaroso caminho para um processo de desumanização.

De acordo com Rego (2014, p.45), a desumanização é caracterizada pelo conjunto de discursos e práticas de opressores sobre oprimidos, através de ações violentas ou de descaracterização e desconsiderações do outro como humano, considerando como “detentor” de outro tipo de humanidade, contrária ao modelo vigente, com o intuito de subjugar-lo e/ou eliminá-lo. Nesse sentido, o conceito assentado parece corresponder com amplitude às percepções que os colonizadores tinham sobre os “índios”, haja vista que os consideravam detentores de uma espécie de “pseudo-humanidade”, divergente do padrão, sendo assim, subjugar-los e/ou eliminá-los era uma alternativa plausível ante os interesses da Coroa.

Para Galeano, o desenvolvimento europeu e norte-americano foi regado pelo derramamento de sangue “indígena”. Nesta senda, vislumbra-se que a incorporação dos territórios latino-americanos pelos colonizadores, com arrimo em discursos e práticas atroz e degradantes, condenou as sociedades originárias que ali habitavam à dizimação de seu povo.

No que tange à denominação que fora atribuída aos nativos, cumpre ressaltar que apesar da expressão “indígenas” ser genérica para se referir aos povos originários do continente americano, esses povos se dividiam/dividem em grupos bem diferentes entre si. Percebe-se, assim, que a expressão denota alto teor de desprezo ante a individualidade de cada grupo, que são reduzidos a uma única identidade cultural. Assim, a palavra “índio”, nada mais é do que um equívoco histórico dos colonizadores e traz

consigo uma densa carga de preconceito e desrespeito à individualidade de grupos diversos e de suas particularidades. Aos “índios”, então, coube o fardo de serem taxados, explorados e aniquilados.

O encontro entre as civilizações do “Velho Mundo” e do “Novo Mundo” causou impactos de grandes proporções para ambos os lados. No entanto, o estado de vulnerabilidade dos nativos foi fator propulsor de sua ruína. Isso porque, os colonizadores europeus, amparados sob a égide do eurocentrismo, sentiam-se confiantes e implacáveis a ponto de dominar qualquer povo e seu território, possuindo, ainda, armas e tecnologias mais avançadas. Nesse sentido, o impacto para os europeus foi muito menos feroz e agressivo. Ao “índio”, então, a submissão tornou-se uma possibilidade viável de garantir sua sobrevivência diante de tantas mortes ocasionadas nas tentativas de resistência.

De mais a mais, Galeano (2010, p.38) realça, inclusive, que bactérias e vírus foram grandes aliados para a erradicação da população. Os europeus trouxeram a varíola e o tétano, várias enfermidades pulmonares, intestinais e venéreas, o tracoma, o tifo, a lepra, a febre amarela e as cáries.

Neste ínterim, a expansão marítima e comercial que deu vida ao capitalismo desenfreado, desenhando o mercado internacional e o desenvolvimento econômico, emergiu às custas de mortes, privação de cultura e crenças, privação de liberdade de um povo que fora submetido a torturas, humilhações e, como se não bastasse, a exposição à doenças.

Muito embora o aspecto econômico seja essencial para o estudo desse contexto inicial e fato gerador da sobredita exploração, faz-se importante retomar que este trabalho tem como escopo a explanação da situação de vulnerabilidade que se encontram os povos “indígenas” da América Latina, a fim de buscar compreender as razões da ineficácia dos Direitos Humanos nessa região e porque ainda ocorre a dizimação dos povos originários.

Assim, é fundamental a análise do retrocesso no que concerne à desvalorização da vida humana, a desvalorização da vida e da identidade de um povo que outrora fora maioria e hoje compõe parte de um quadro de “minorias”. Um povo que nunca deixou de ser refém da desigualdade, preconceito e diversos obstáculos que lhe são impostos diariamente. Um povo que tinha as suas sociedades bem estruturadas, organizadas e

em constante desenvolvimento – a exemplo dos maias, incas e astecas – mas teve o seu progresso interrompido, privação de seus direitos e de sua voz.

A propósito, Galeano (2010, p.35) ressalta que não só havia selvagens e canibais entre o povo “indígena” da América. Havia também notórios engenheiros, astrônomos, matemáticos etc. Ocorre que, nenhuma das culturas nativas conhecia o ferro e o arado, o vidro e a pólvora ou faziam uso da roda, como conheciam os europeus, que viviam a explosão criadora do Renascimento. Para Galeano, esse desnível de desenvolvimento dos dois mundos explica em grande parte a facilidade com que sucumbiram as civilizações nativas.

À vista disso, para se ter uma ideia, segundo dados da FUNAI (Fundação Nacional do Índio) estima-se que só no Brasil, a população nativa originária fora reduzida de 3 milhões de pessoas (ano de 1500) para 817.962 mil pessoas, de acordo com o último censo realizado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no ano de 2010.

Em um dos tópicos mais marcantes da primeira parte do livro, Galeano (2010, p.63 e 64) retrata um episódio em que Felipe II, em 1581 durante uma audiência, afirmou que um terço dos ameríndios já havia sido aniquilado, bem como que os que ainda viviam eram obrigados a pagar tributos pelos mortos. Ainda de acordo com o autor, os “índios” eram comercializados como objetos e as mães chegavam ao desespero de matarem os filhos para salvá-los do tormento das minas. Em menos de dois séculos da chegada dos europeus, a América Latina já carregava consigo o fardo de dor, sofrimento, tortura e morte.

Conforme exposto por Galeano (2010, p.65), ao passo que a corte espanhola enviava ordenações que outorgavam proteção legal ao “índio”, a exploração o desangrava. Tratava-se, então, de uma legalidade fictícia, sem eficiência, haja vista que a desumanização dos povos nativos já havia alcançado um grau de naturalidade. Pode-se inferir, então, que a ineficiência jurídica ante os direitos dos “indígenas”, decorria de sua insuficiência (sob o olhar dos europeus) no que concerne à condição humana. A condição sub-humana que lhes era atribuída, dava lugar a uma “justiça” fraudulenta.

Nesse sentido, para Galeano (2010, p.65 e 66), as variantes da condição jurídica da mão de obra “indígena” só alteravam superficialmente a situação real. Na Recopilação de Leis das Índias não faltavam decretos proibindo expressamente que fossem le-

sados os direitos dos nativos. Todavia, muito embora a lei fosse acatada, não era cumprida. Não passava de um papel que manifestava o talento dos juristas espanhóis. O autor relata que o frei dominicano Domingo de Santo Tomás denunciou ao Conselho das Índias, em 1550, que a mina de Potosí, na Bolívia, era a “boca do inferno” que, anualmente, tragava milhares de índios, e que os mineradores tratavam os nativos como animais. Os caciques das comunidades eram obrigados a substituir os *mitayos* (índios submetidos ao sistema da *mita* – sistema de trabalho existente na região conquistada pelo Império Espanhol) que ali morriam por novos trabalhadores.

Para os colonizadores, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida não encontravam razão de ser na figura do “índio”, pois tais atributos são devidos em decorrência da natureza humana. Sendo assim, com a força do discurso desumanizador dos opressores, os “índios” eram facilmente destituídos de seus direitos naturais e a proteção legal que lhes era conferida, não era suficientemente enérgica.

Por esse ângulo, observa-se que a ineficácia do amparo legal aos “indígenas” na atualidade tem suas raízes nos discursos de ódio e desumanização aos quais os povos originários foram submetidos durante o processo de conquista de suas terras. Durante muito tempo, os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais foram conceitos estranhos aos povos nativos. Hoje, apesar de serem conhecidos, falta-lhes intimidade.

Apesar do cenário atual contemplar constantes evoluções no âmbito dos Direitos Humanos, ainda há uma desconexão entre lei e prática. Os Direitos Humanos dos povos “indígenas” ainda enfrentam inúmeros obstáculos de ordem política, social e econômica, o que inviabiliza a garantia do direito à autodeterminação ou manutenção de suas culturas e tradições. Os desafios enfrentados pelos “indígenas” derivam de processos históricos que refletem na contemporaneidade, obstruindo a eficiência de seus direitos.

2.1.1 “DE PERNAS PRO AR – A ESCOLA DO MUNDO AO AVESSE” – EDUARDOGALEANO

Assim como em “As Veias Abertas da América Latina”, em “De Pernas Pro Ar”, obra publicada em 1999, Galeano critica veementemente a exploração da sociedade latino-americana. A obra traz em si, essencialmente, críticas concernentes às desi-

igualdades sociais que ganham força desde o processo de colonização, diante de constantes lesões aos direitos humanos e sucessivas injustiças praticadas contra as minorias.

Como já fizera em “As Veias Abertas da América Latina”, Galeano se utilizava ironia e indignação, evidenciando fatos e eventos históricos que comprovam que o mundo está, de fato, de pernas pro ar, refletindo a indiferença humana sobre a justiça e a liberdade. Em suas passagens, Galeano trata sobre justiça, globalização, questões da mulher, do “indígena”, do negro, do trabalho, dentre tantos temas de potencial relevância para a sociedade e para o direito.

Relativamente à questão indígena, que é o enfoque do estudo em apreço, o autor realça o olhar desprezível dos europeus sobre os nativos, considerando-os seres inferiores. Em seus fragmentos sobre o tema, Galeano (2003, p.63) cita que segundo os conquistadores, os “índios” suicidavam-se porque eram vadios, preguiçosos e não queriam trabalhar. Que andavam nus porque eram selvagens e sem pudor, que eram parentes de macacos, banhavam-se com frequência porque eram hereges da seita de Maomé e agiam sob influência do demônio, sendo promíscuos, bem como não eram capazes de bater nas crianças porque eram incapazes de castigar e ensinar, que eram incapazes de dominar os seus instintos e adoravam a natureza porque eram incapazes de ter religião e só podiam professar idolatria.

É nessa modalidade de discurso que durante muito tempo permaneceu enraizado, inclusive, nos pensamentos de grandes intelectuais, que o preconceito e a ineficiência dos direitos encontram respaldo. Galeano aduz que a maioria dos intelectuais da época, tinham a certeza de que as raças tidas como inferiores bloqueavam o caminho do progresso. Diante desse panorama, é possível perceber que no decorrer da história da humanidade, criou-se uma “atmosfera de desumanização” na qual, a partir de determinado “modelo”, alguns seres humanos têm sido impedidos de viver em condições satisfatórias de igualdade perante os seus direitos, sendo estes, constantemente violados ou sem efeito.

De acordo com comunicado divulgado por especialistas independentes e órgãos especiais da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2017, os povos indígenas do mundo ainda enfrentam enormes desafios mesmo após a adoção de uma histórica declaração sobre seus direitos. Em comunicado divulgado às vésperas do Dia Interna-

cional dos Povos Indígenas (9 de agosto), o grupo afirmou que os Estados precisam transformar palavras em ações para acabar com a discriminação, a exclusão e a falta de proteção aos indígenas.

Segundo os relatos, os povos indígenas enfrentam particularmente desafios agudos devido à perda de terras e de direitos sobre recursos, que são os pilares de sua subsistência e identidades culturais. A piora da situação de direitos humanos dos povos indígenas no mundo todo é ilustrada pelas extremas, difíceis e arriscadas condições de trabalho dos defensores dos direitos humanos dos povos indígenas. “Indivíduos e comunidades que arriscam defender os direitos indígenas são classificados como obstáculos ao progresso, forças contrárias ao desenvolvimento e, em alguns casos, inimigos do Estado ou terroristas”, declararam os relatores e órgãos da ONU.

2.2 AS PRIMEIRAS REFLEXÕES ACERCA DA PROBLEMÁTICA: FRANCISCO DE VITÓRIA E A AUTODETERMINAÇÃO DO POVO INDÍGENA

À luz da literatura de Eduardo Galeano, pôde-se observar como surgiu a exploração e dominação dos povos indígenas e de seus territórios. Diante das calamidades vivenciadas pelos povos originários do Novo Mundo, surgiram as primeiras reflexões sobre a desvalorização de seus direitos. Nessa perspectiva é fundamental a análise do pensamento de Francisco de Vitória⁶ e a sua contribuição para a autodeterminação do povo indígena.

Inicialmente, faz-se mister contextualizar de maneira sucinta em que consiste o princípio da autodeterminação dos povos. Segundo a Constituição Federal de 1988, com previsão em seu art. 4º, III, o princípio da autodeterminação diz respeito à liberdade de um determinado grupo de decidir sobre a sua organização política. Nesse sentido, o princípio da autodeterminação permite o direito de autogoverno e possibilita aos Estados defenderem sua condição independente.

No tocante ao sistema das Nações Unidas, a autodeterminação dos povos constitui um de seus princípios basilares, consagrado no artigo 1º, parágrafo 2º da Carta de São Francisco, que estabelece que é preciso:

⁶ Francisco de Vitória nasceu na cidade de Vitória, na Espanha, provavelmente entre 1483 ou 1486. Em meados do século XVI, Vitória ingressou na Ordem Religiosa dos Frades Pregadores e estudou Teologia na Universidade de Sorbonne. Após seus estudos na França, retornou à Espanha, onde se tornou professor em Valladolid e em Salamanca, na Universidade de Salamanca. Cf. AROSSI, 2004, p.4.

“Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseados no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”. (SÃO FRANCISCO, Carta das Nações Unidas, 26 de junho de 1945)

Superada a questão conceitual, analisemos a influência das teorias do jusfilósofo espanhol Francisco de Vitória sobre a autodeterminação dos povos. O pensamento de Vitória forma-se entre o final da Idade Média e o início do período renascentista. Vitória versava em suas obras fundamentalmente sobre política, Estado, lei, sobre o poder da Igreja e das polêmicas sobre a ocupação e a exploração do Novo Mundo. Dentre suas obras, podemos citar: *De Indis*, ou *Sobre os Índios*, *De Iure Belli*, ou *Do Direito da Guerra* e *De potestate civili*, ou *Sobre o Poder Civil*. (Arossi, 2004, p.5).

Francisco de Vitória, conhecedor do pensamento aristotélico, do pensamento de Santo Agostinho e de São Tomás de Aquino, bem como possuidor de profundo conhecimento pelas doutrinas medievais e pagãs, revolucionou o mundo jurídico hispânico, indo na contramão das ideias de ordem medieval, já ultrapassadas, dando ensejo a uma visão jurídica modernizada sobre as problemáticas trazidas com a colonização do Novo Mundo. Os ideais de Vitória contribuíram para a formação do Direito Internacional e, através do “*ius gentium*” ou melhor, o direito das gentes, um dos princípios evidenciados por Vitória, proporcionou uma espécie de humanização do Direito Internacional, valorizando a dignidade humana dos povos indígenas⁷ na colonização, seus direitos e liberdade.

Num contexto em que a Espanha vivia o auge de suas conquistas, surgiu a necessidade de se pensar sobre questões até então não refletidas, como a legitimação do domínio europeu nas terras do Novo Mundo, sobre a universalidade do poder dos governantes (Imperador), sobre a condição de humanidade dos índios, sobre sua organização religiosa, jurídica, dentre outros.

Durante a Idade Média a sociedade se encontrava inserida em duas ordens distintas, no entanto, formalmente harmoniosas, quais sejam: a ordem natural, tendo como representante o Imperador⁸, e a ordem sobrenatural, cujo chefe era a figura do Papa. Ademais, havia um debate acerca da jurisdição e competência dos poderes espiri-

⁷ Não obstante à crítica feita inicialmente sobre a utilização das expressões “índios” e “indígenas”, a partir de agora ela será relativizada, uma vez que à época dos acontecimentos narrados neste tópico, não havia uma reflexão acerca da problemática que existe por trás destas denominações.

⁸ “O Rei de Espanha, era também o Imperador do Sacro Império Romano-Germânico”. Cf. Britannica Escola. Verbete: Habsburgo. Disponível em: <https://escola.britannica.com.br/artigo/Habsburgo/481454#288879>. Acesso em: 02 jul. 2021.

tual e temporal. Desse debate, emergem nos séc. XIII e XIV duas teses: a tese teocrática, que defendia a supremacia do poder espiritual sobre o temporal, e a tese imperia- lista, que defendia a separação absoluta entre esses dois poderes (Monte D'Oca, 2012, p.173).

Ocorre que, à época de Vitória havia a circulação de uma tese conciliatória e intermediária, de inspiração tomista, a qual fora defendida principalmente por João de Paris e pelo Cardeal Torquemada. Tal tese intermediária assume a clara separação entre o poder temporal e o poder espiritual, bem como distingue as ordens natural e sobrenatural. No entanto, reconhece a existência de uma zona de interseção entre estas ordens à medida que o homem contém em si tanto a esfera natural quanto a esfera sobrenatural.

Conforme expõe Monte D'Oca (2012, p.174), a tese conciliatória exerceu grande influência na política de Vitória, pois, ao mesmo tempo em que negará que o Imperador e o Papa sejam *domini orbis*, Vitória reconhecerá que o Papa tem alguma jurisdição temporal, uma vez que admite a secularização do poder, mas de modo que não oblitere a pregação evangélica. Muito embora Vitória reconheça que o fim espiritual seja mais nobre que o temporal, de forma alguma pode haver a supremacia de um poder sobre o outro. Dessa forma, Vitória acreditava que os poderes devem ser concebidos em separado e refutava a tese sobre o domínio do Papa sobre todo o orbe, aduzindo que a existência do poder civil precede a do eclesiástico. Para Vitória, “a república temporal é uma república perfeita e íntegra”, sem nada dever à ordem espiritual, o que evidencia a sua defesa pela independência dos poderes. A república temporal só pode existir se não tiver submetida a nenhum poder exterior.

Partindo dessa premissa, fica nítida a postura que Vitória assume perante a questão da conquista dos territórios da América e de seu povo. Com esteio nessa percepção do frei dominicano, depreende-se que o fato de os indígenas não estarem submetidos a uma ordem espiritual, não retira a sua autonomia sobre as questões de ordem temporal, ou seja, a justificativa por parte dos colonizadores de que os povos do Novo Mundo eram infiéis e viviam em pecado, segundo a concepção de Vitória não merecia prosperar, pois não lhes daria o direito de domínio sobre aquele povo, que já possuía uma estrutura política devidamente organizada. Sob essa lógica, é notória a ilegitimidade da conquista dos novos territórios, uma vez que foi fundamentada em premissas de cunho puramente religioso, através da subordinação do poder temporal

ao poder espiritual. Para Vitória, portanto, leis, ritos e regras já eram presentes entre os habitantes do Novo Mundo. Logo, eles governavam suas terras. (Jordão, 2016, p.64).

Assim, tal raciocínio do teólogo de Salamanca reflete sobremaneira na construção do entendimento da autodeterminação dos povos, considerando que o território se constitui como elemento essencial para que essa autodeterminação seja alcançada, uma vez que representa garantia de existência e desenvolvimento da comunidade e de sua cultura (Dos Santos, 2014, p.3).

Nesta senda, para Vitória os índios eram claramente os proprietários dos territórios que habitavam, e a intervenção dos estados europeus só poderia ocorrer mediante determinadas circunstâncias que davam respaldo à legitimidade dos títulos: ensejo de uma “intervenção humanitária”; permissão dos próprios índios e em caso de guerra justa (Oliveira, 2015, p.58). De acordo com Jordão (2016, p.65), a respeito dessa última circunstância, em sua obra *De Indis*, o frei dominicano sustenta que sob a perspectiva do direito natural, os espanhóis teriam direito de viajar e habitar as terras recém-descobertas e, apenas em casos de moléstia por parte dos “bárbaros” contra os recém-chegados que estivessem com boa intenção e bons modos, esse direito poderia ensejar uma guerra com justa causa.

Em seus argumentos, Vitória buscava desenvolver noções de justiça, de direito, exaltando a dignidade dos indígenas e dando relevância ao direito dos dominados, o que era revolucionário à sua época.

Logo, infere-se que as teses de Vitória foram de extrema importância para a construção do princípio da autodeterminação dos povos indígenas, haja vista que se opunham à dominação abusiva dos espanhóis, trazendo fundamentos consistentes para a emergência dos Direitos Humanos dos povos originários, que mais tarde, seriam reconhecidos pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, que defende que todos os povos indígenas são iguais em direitos aos demais povos, com direitos coletivos, políticos, econômicos, sociais e culturais, plenamente, assegurados.

2.3 A SOLUÇÃO PELA VIA DO DIREITO: DIREITO NATURAL E DIREITO DAS GENTES

Até então, fora demonstrada a origem da problemática da questão indígena canalizada por intermédio de duas grandes obras de Eduardo Galeano, bem como uma breve análise a respeito do pensamento de Francisco de Vitória, um dos primeiros autores a refletir sobre a situação de precariedade que se encontravam os índios durante o processo de colonização. Do estudo feito até aqui, depreende-se que, a defesa do frei dominicano em favor dos povos originários serviria de alicerce ao que hoje se reconhece por Direito Internacional, bem como aos fundamentos dos Direitos Humanos.

No presente tópico, ainda utilizando-se da compreensão do admirável teólogo dominicano, busca-se apontar os mecanismos jurídicos que seriam utilizados para uma efetiva resolução da problemática da ausência de reconhecimento dos povos indígenas como detentores de direito.

As teses de Vitória buscavam formar uma consciência para que se operasse com justiça, oferecendo meios suficientemente robustos para a concretização de ações justas, possibilitando, então, a transcendência do plano da consciência, não sendo teses meramente intangíveis, para o plano concreto. Nessa perspectiva, com arrimo no pensamento do jusfilósofo, pode-se visualizar uma solução com ênfase na retomada das ideias trazidas pelo Direito Natural, o qual deveria ser comum a todos os indivíduos e, no Direito das Gentes, que serve como forma de manutenção daquele no âmbito internacional (SILVA, 2018, p.23).

Relativamente ao Direito Natural, é sabido que este é um direito intrínseco à natureza humana, que deve ser respeitado independentemente de sua positivação. Segundo Silva (2018, p.23), para Vitória, esse direito independe da vontade, se contrapondo do Direito Positivo, que necessita de aprovação da sociedade.

No que concerne a ideia de *ius gentium*, sabe-se que esta surge em Roma para regular as relações entre as diferentes gentes, entre as classes romanas. Sob a perspectiva do teólogo dominicano, este direito traz características semelhantes ao *ius naturale*, servindo para a manutenção deste porque busca evitar conflitos entre os homens e as nações, tendo uma validade independente de acordo prévio, sendo cabível a todos em decorrência da razão natural. A partir dessa concepção, Vitória considera o direito de guerra justificado (guerra justa) mediante a violação do Direito das Gentes, ou seja, em decorrência de injúria⁹. (SILVA, 2018, p.15 e 23).

⁹ “[...] o filósofo espanhol, por não ser um belicista, faz questão de exaltar que, apesar de a guerra não ser necessariamente má, os atos de guerra são irracionais e, conseqüentemente, maus, pois carregam consigo atos de destruição e

Atendendo à compreensão de que os indígenas eram seres humanos e, portanto, detentores de direitos naturais, se tornaria viável uma aplicação jurídica do Direito Positivo mais efetiva. Logo, despertada a consciência de que as ações praticadas contra os indígenas eram violadoras de seus direitos e dignidade, poderia se obrar com justiça, desenvolvendo-se uma noção de equidade.

Assim, Vitória trazia elementos do Direito Natural e do Direito das Gentes, na ânsia de inserir os povos indígenas no ordenamento jurídico para que houvesse o devido amparo legal e fosse reconhecida a sua condição de detentores de direitos e deveres.

Para tanto, primeiramente era necessário reconhecer a legitimidade dos índios como donos de suas terras, pois deter domínio significava o mesmo que deter direito (*dominium = ius*). Então, com a detenção do domínio, o reconhecimento dos povos como seres humanos detentores de direitos, seria mais claro.

Vitória retrata a questão do *dominium* logo de início em sua *Relectio de Indis*, diante dos argumentos teológicos e filosóficos da época que sustentavam que os índios não poderiam ter domínio civil por estarem em pecado mortal, serem infiéis e serem servos por natureza. O dominicano defende que o domínio, como já mencionado no tópico anterior, é dado ao homem pela natureza, não tendo ligação com a fé, não podendo esta destruir o direito natural e o direito humano positivo, pois a própria imagem de Deus não reside em impecabilidade, mas sim, nas faculdades racionais do homem, quais sejam: razão, vontade/liberdade (Monte D'Oca, 2012, p.179 e 180).

Ademais, Monte D'Oca (2012) prossegue sustentando que, para Vitória, a suposta condição de que os índios eram servos por natureza, por terem uma racionalidade limitada que só lhes serviria para obedecer (tese fundamentada por Aristóteles) não merece prosperar, pois até quem é absolutamente nêscio detém domínio e direitos e, se assim o são, é em decorrência de uma má educação, já que "a natureza não falta à espécie naquilo que lhe é constitutivo essencialmente (*DI I*, 1,23, 664)". Para Vitória, a dignidade dos seres humanos era inviolável, não podendo ser passíveis de instrumentalização, independentemente de sua etnia, grau de racionalidade e capacidade mental. Finalmente, o fator que seria preponderante para se deter domínio e consequentemente, direitos, seria a possibilidade de um indivíduo ou um povo, de pa-

morte. No entanto, ele diz que é necessário pensar a guerra como um instrumento legal para garantir a defesa dos próprios direitos e assegurar que as injúrias recebidas não ficarão impunes". Cf. JORDÃO, 2016, p.67.

decer de injúria. Se essa possibilidade fosse identificada, significaria dizer que neles, os direitos são inerentes.

Outra tese importante de Vitória, decorrente do Direito das Gentes e levantada em *De potestate civili*, consiste na ideia da existência de uma *societas naturalis* entre os povos, havendo a necessidade de se estabelecer um *ius communicationis*. Isso significa que cada indivíduo tem o direito de andar ao redor da terra a fim de estabelecer uma comunicação mútua. Assim, uma vez que existe o direito de livre comunicação entre os povos, qualquer povo possui o direito natural de constituir uma república (Sales, 2010, p.10 e 11). Infere-se, portanto, que se o homem possui a capacidade de autodomínio, podendo mover a si mesmo, possui também a capacidade de ter domínio (Monte D'Oca, p.181) e, conseqüentemente, de deter direitos. Por esse ângulo, não havia legitimidade na dominação dos espanhóis sobre os indígenas, que deviam ter a sua capacidade de domínio e os seus direitos respeitados e reconhecidos.

Em vista do exposto, percebe-se que com amparo no pensamento de Vitória, a resolução da problemática enfrentada estaria no entendimento da dignidade e inviolabilidade da vida humana, através da retomada das noções do *ius naturale* e do *ius gentium*, que buscam preservar essa dignidade por intermédio de mecanismos favoráveis ao devido reconhecimento dos povos indígenas como detentores de direitos. Tais discussões abririam caminho para o que hoje se entende por Direitos Humanos.

3 ATUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

3.1 A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A INCLUSÃO DAS MINORIAS

Ultrapassado todo o contexto original da problemática central do presente artigo, que trouxe consigo acontecimentos históricos marcantes, inspirando reflexões diversas e teses que seriam de grande notoriedade para o desenvolvimento do emergente Direitos Humanos, partiremos agora para a compreensão da conjuntura atual e as dificuldades enfrentadas que concorrem para a ineficácia desse ramo do direito, especialmente no âmbito da América Latina e sobre os seus povos originários.

Não bastasse a repressão e massacres que sofreram injustamente durante séculos, ainda hoje, o povo indígena vive à margem da sociedade numa busca incansável por reconhecimento, valorização de sua dignidade e efetivação de seus direitos, que

são frequentemente violados.

Numa era estruturada sobre a ordem da globalização e do neoliberalismo, onde se busca constantemente uma homogeneização cultural, não há espaço para uma efetiva transmissão das características universais dos Direitos Humanos, visto que a intenção deste é priorizar o aproveitamento dos direitos a todos os indivíduos e não uma uniformidade de tratamento que não considera as especificidades de determinados grupos componentes de minorias, o que é o caso das comunidades indígenas (Silva, 2018, p.26). Na conjuntura sociopolítica atual, em que os movimentos antiglobalistas ganham robustez, os direitos dessas minorias são frequentemente lesionados, visto que tais movimentos negam a capacidade/jurisdição/competência de organismos internacionais de fiscalizarem/ajudarem a efetivar esses direitos frente aos Estados onde essas comunidades estão inseridas.

À vista disso, Silva destaca o quão se faz urgente a luta pela autodeterminação dos povos, pois a capacidade de escolha, de liberdade para seguir à sua própria tradição, deve ser assegurada de forma integral aos povos indígenas, que são os únicos capazes de determinar o valor de sua cultura, terras e costumes, em virtude da dignidade que lhes é conferida e inerente à sua condição humana.

Sabe-se que, na América Latina como um todo, há uma parcela significativa de comunidades indigenistas, que continuam resistindo ante a vilipendiação de seus direitos fundamentais. Todavia, percebe-se que ainda não há uma concretização prática do Direito Positivo que regulamenta os direitos dos indígenas. Tomando como exemplo o Brasil, que abriga boa parte da população originária nativa, é visível a inexpressividade das políticas públicas voltadas a essa parcela da população. A própria Lei nº 6.001/73, denominada Estatuto do Índio, que determina a competência dos entes federativos (União, Estados e Municípios) para a proteção das tradições indígenas e preservação de seus direitos (art. 2º, da referida lei), possui uma fundamentação ultrapassada, pois dispõe sobre a integração dos indígenas em proveito da “comunhão nacional”. Assim dispõe a redação do dispositivo:

Art. 1º. Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. (BRASIL, Lei Ordinária n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973).

Apenas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de

1988, que o patrocínio às políticas de assimilação e integração do indígena, passa a ser substituído pelo reconhecimento de seus bens culturais e pelo direito à diferença. (Castro, 2016, p.276). Em seu título VIII, capítulo VIII intitulado “Dos Índios”, foram consagrados direitos de caráter fundamental aos povos indígenas, os quais se estendem ao direito de propriedade, personalidade, direitos culturais, direito à liberdade, direito à diferença, entre outros. Veja-se:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

[...]

(BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 5 out. de 1988).

Ocorre que, apesar da inovação constitucional trazida, a atuação governamental ainda se vale de ideais ultrapassados que visam a hegemonia cultural. O direito à diferença, mesmo consagrado há mais de três décadas no ordenamento jurídico vigente, não possui ainda uma aplicação satisfatória. Em verdade, os povos nativos estão submersos em um cenário de insegurança jurídica, que, lamentavelmente, ainda sustenta ideias de mitigação das minorias.

Por outro lado, outros países da América Latina conseguiram incluir de forma mais eficaz os indígenas em sua população. Na Bolívia, por exemplo, os indígenas são mais da metade da população do país. A própria Constituição da Bolívia, é muito mais abrangente no que concerne à inclusão do povo nativo, se utilizando, inclusive, de termos alusivos ao idioma de seus povos originários. Observe o seu artigo 8º:

Artículo 8.

I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

(BOLÍVIA, Constitución Política del Estado, 7 de febrero de 2009).

Nesse sentido, Wolkmer (2006) destaca a necessidade de se repensar um projeto social e político contra-hegemônico que possa reordenar as relações tradicionais, priorizando a sociedade como “novo espaço comunitário de efetivação da pluralidade democrática, comprometida com a alteridade e com a diversidade cultural”, uma vez que o poder da instância societária oportuniza “novas definições de direitos, de identidades e autonomia”, pois a constituição de direitos pautados na dignidade humana e no reconhecimento das diferenças partem da força dos sujeitos sociais.

Wolkmer aduz que para a implantação de uma cultura político-jurídica mais democrática na América Latina é fundamental ponderar sobre formas de produção de conhecimento que visem uma democracia mais pluralista como expressão do direito à diferença, bem como à identidade coletiva, à autonomia e à igualdade de acesso a direitos. Assim, tal processo deve surgir da análise do pluralismo como princípio de legitimidade política, jurídica e cultural, sendo não uma possibilidade, mas uma prioridade.

Insta ressaltar que o direito à diferença propõe não apenas o reconhecimento dos indivíduos como integrantes de uma sociedade, mas também a manutenção da cultura de povos minoritários de acordo com as decisões de seus membros, de maneira autônoma, livre, o que manifesta o princípio da autodeterminação. Essa autodeterminação se configura na luta de minorias para preservar suas tradições e, consequentemente, sua existência.

Diante da ineficácia das estruturas jurídicas e estatais frente a demandas plúrais e do aumento da miséria evidenciada por novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, faz-se essencial a busca de alternativas capazes de nortear práticas voltadas para o reconhecimento à diferença, identidade, autonomia e dignidade. Destarte, o pluralismo projeta-se como instrumento contra-

hegemônico e viabiliza o reconhecimento e a afirmação de Direitos Humanos. Assim, o reconhecimento de outra cultura jurídica, marcada pelo pluralismo jurídico comunitário-participativo, permite uma nova concepção de Direitos Humanos, através de um diálogo marcado pela interculturalidade¹⁰.(Wolkmer, 2006, p.117 e 120).

3.2 A INEFICIÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DE HANNAH ARENDT

Partindo do pensamento de Hannah Arendt, filósofa política alemã do século XX, que contribuiu com reflexões críticas de potencial relevância para os Direitos Humanos, será feita agora uma análise sobre a dificuldade de efetivação desse ramo do direito frente as minorias, notadamente frente aos povos indígenas. Com base no livro de Celso Lafer, “A Reconstrução dos direitos Humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”, se evidencia as principais questões levantadas pela filósofa na sua crítica à modernidade.

Dentre as questões suscitadas, será retratada no momento a questão da configuração do genocídio como crime contra a humanidade, que marca a especificidade da ruptura totalitária.

De acordo com Lafer (1991, p.167 e 168), a base inicial da tipificação deste crime encontra-se no ato constitutivo do Tribunal de Nürenberg, de 8 de agosto de 1945, criado para julgar e punir os crimes de guerra das potências europeias do Eixo e incluía no art. 6º do seu estatuto os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Muito embora os crimes contra a paz e crimes de guerra já fossem considerados ilícitos para o Direito Internacional antes da II Guerra Mundial, pois já existiam tratados que contestavam a legitimidade das guerras, bem como convenções que regulamentavam as guerras (*jus in bello*), não tiveram aplicação prática para se configurar antes de Nürenberg como ilícitos penais.

Ademais, os crimes previstos no art. 6º do Estatuto do Tribunal de Nürenberg, eram especificamente voltados para a dominação totalitária, com características próprias eminentemente desumanas, que transcendiam os crimes contra a paz e os

¹⁰ “Para Salas Astrain, a interculturalidade “alude a um tipo de sociedade emergente, em que as comunidades étnicas, os grupos e classes sociais se reconhecem em suas diferenças e buscam sua mútua compreensão e valorização”, o que se efetiva através de “instâncias dialogais”. Já na perspectiva hermenêutica da filosofia, a interculturalidade “tem como tema central a problemática da identidade, o modo de ser, o modo peculiar de pensar”. Trata-se de um discurso sobre culturas como “síntese de elementos inovadores, transportados, assimiladas num processo histórico.” Por consequência, a interculturalidade em sua dimensão pluralista tem caráter dialógico, hermenêutico e interdisciplinar”. Cf. WOLKMER, 2006, p.120.

crimes de guerra.

Nessa perspectiva surgiu a necessidade de tipificar toda ação ou omissão contrária à ordem pública internacional, haja vista que atentam contra os fundamentos da sociedade internacional, devendo ser passíveis de reparação civil e de responsabilidade penal individual dos governantes e daqueles que executam e cumprem as suas ordens. Mais tarde, os princípios de Nürenberg foram oficialmente sistematizados pela Comissão de Direito Internacional da ONU, por solicitação da Assembleia Geral em resolução de 1947.

Na Convenção de Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 restou estabelecido como uma das obrigações com a ordem internacional a repressão ao genocídio. Fora determinada sanção penal para este tipo de crime, com a devida responsabilização individual. Na mencionada Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional étnico, racial ou religioso, como tal:

ARTIGO II

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Em 1951, a Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário da ONU, afirmou que existem obrigações assumidas em relação à comunidade internacional, dentre elas a repressão ao genocídio.

Ocorre que, a convenção é incompleta, uma vez que obedece à lógica do sistema internacional, que se caracteriza pela distribuição individual do poder entre os Estados. Dessa forma, a incumbência de fixação da pena acaba sendo dos tribunais competentes em cujo território o ato foi cometido ou então do tribunal internacional competente em relação às partes-contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição (art. VI). (Lafer, 1991, p.172).

Nesta senda, na visão de Arendt, ainda que houvesse essa previsão no âmbito internacional, na prática, era falha, pois os crimes continuavam sendo julgados de forma indevida pelas cortes nacionais, o que atenuava o seu grau de desumanidade, dando uma visibilidade tímida a crimes tão atrozos que eram marcados por assassina-

tos, extermínio, escravidão, deportação e perseguições por razões políticas, raciais e religiosas contra a população civil, características de uma dominação totalitária.

Em seu livro *Eichmann in Jerusalem*, publicado em 1963, Hannah Arendt tratou do caso Eichmann. Arendt fez a cobertura do julgamento do referido caso para a revista *The New Yorker*. Eichmann, alto funcionário do regime nazista, conhecido pela sua atuação na organização do genocídio dos judeus na Europa durante a II Guerra Mundial, foi capturado pelos israelenses na Argentina e depois julgado e condenado à morte pela justiça de Israel. Hannah Arendt levantou críticas diversas a esse julgamento, que suscitou importantes reflexões jurídicas, como por exemplo, a competência israelense para julgar tal processo.

Em sua análise, Arendt rechaça tanto os argumentos da promotoria como os argumentos de defesa. Em relação à promotoria, a filósofa constatou que esta entendeu os crimes nazistas em função de uma lei geral histórica – o ódio aos judeus – e não exatamente em função do que Eichmann fizera. A corte viu um precedente num crime sem precedentes. Para Hannah Arendt, a corte de Jerusalém estava julgando “a escolha das vítimas” e não a natureza do crime, como crime “contra a humanidade perpetrado no corpo Judeu”. A defesa, por outro lado, se baseou na noção de ato do soberano, no qual as medidas de um Estado não podem ser julgadas por outro. Ademais, alegou que o ato executado por ordens superiores, exime o funcionário do crime. Os dois argumentos foram rechaçados no tribunal de Nüremberg.

Nesse sentido, o genocídio foi identificado por Hannah Arendt como um ataque à diversidade humana, e não só ao povo judeu, pois trazia consigo uma política que determinava regular quem deveria ou não habitar o mundo. Dessa forma, a condenação de Eichmann com base na lei israelense, levou a promotoria a equívocos, principalmente, o de ver precedentes num crime sem precedentes.

A partir dessa análise, é visível a necessidade apontada por Arendt da existência de um espaço político internacional eficiente que garanta ao indivíduo a tutela dos Direitos Humanos, o seu direito a ter direito (Brito, 2010, p.6).

Malgrado o crime de genocídio contra o povo judeu ter sido devastador e cruel, ao longo da História ocorreram outros exemplos de genocídio não menos extensos, todavia, caíram em esquecimento, como é o caso do genocídio praticado contra os povos nativos originários americanos. Milhares de nativos morreram em decorrência de fatores diversos, como guerra e doenças, como já apontado por Eduardo Galeano em

“As Veias Abertas da América Latina”, obra que incita a elaboração deste trabalho.

Essa ausência de notoriedade da gravidade do genocídio praticado contra os povos originários, se deve, como já visto no decorrer deste estudo, a uma naturalização ao longo dos séculos de práticas e discursos opressores, à justificativa de dominação sob o viés religioso, como trazido por Francisco de Vitória, que refutou tal conduta, bem como a ideia de que a história é feita de choques de civilizações, onde uma sociedade mais desenvolvida, que detém um maior poder econômico e bélico, pode destruir povos considerados inferiores e mais “fracos”.

Atualmente, muito embora haja, tanto no espaço nacional, quanto no internacional, um ordenamento jurídico positivado com vistas a tutelar os direitos dos indígenas, na prática, não se verifica sua real efetividade. Os povos originários continuam a desaparecer gradativamente, e não só em quantidade, mas em identidade. É por isso que a autodeterminação é tida como um essencial meio de inclusão social dessas minorias que vivem há tanto tempo à margem de sociedades e de governos indiferentes às suas necessidades. Assim sendo, a realidade do genocídio não é distante e ainda se faz presente dentro das comunidades indígenas, principalmente as mais isoladas, que continuam a vivenciar situações de violência e exposição a doenças, tendo dignidade e direitos violados, bem como a existência comprometida.

A expansão agrícola no Brasil ainda faz inúmeras vítimas anualmente. Inclusive, em março de 2020, de acordo com matéria da *UOL*, publicada em 03 de março do corrente ano, o Brasil foi denunciado no Conselho de Direitos Humanos da ONU pelo desmonte das políticas ambientais e indigenistas e pelo risco elevado de genocídio de povos indígenas isolados. Na ocasião, fora apresentado relatório com o detalhamento das ações do governo executadas em 2019 e suas consequências no aumento do grau de degradação, de ameaça, invasões e violência contra os povos isolados. De acordo com os levantamentos, em 2019, a derrubada da floresta nas áreas isoladas, que são as áreas com os povos mais vulneráveis a doenças, cresceu 113% (cento e treze por cento).

Segundo informações da *Folha de São Paulo* e do *El País*, a gestão atual, além de ter paralisado a demarcação de territórios quilombolas, transferiu essa responsabilidade de demarcação, que era da FUNAI, para o Ministério da Agricultura, enfraquecendo a fundação. Ademais, o governo já se manifestou em acabar com a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAP).

Esse ano, a crise mundial na saúde, decorrente da Pandemia causada pela Covid-19, tem sido uma grande aliada para a dizimação dos índios. De acordo com dados do Instituto Socioambiental, a doença já chegou a 121 (cento e vinte uma) etnias indígenas ainda resistentes no Brasil, com 408 mortes (quatrocentos e oito) e 10.341 (dez mil trezentos e quarenta e um) infectados.

Apesar do estado de fragilidade que se encontram os povos indígenas, principalmente os mais isolados, que não possuem um acesso amplo aos sistemas de saúde, é nítido o descaso das gestões governamentais e a ausência de políticas públicas efetivas. O conjunto de omissões às questões indígenas, contribuem drasticamente para o processo de aniquilação dos povos originários e de suas culturas. O genocídio indígena é uma realidade persistente desde a época que os europeus chegaram às Américas e precisa ser urgentemente combatido e desnaturalizado, ganhando visibilidade no âmbito político internacional.

4 CONCLUSÃO

Em vista de todo o exposto, este trabalho se propôs a analisar, por intermédio do estudo da trajetória histórica e direitos dos povos indígenas, como a atuação dos Direitos Humanos tem sido ineficaz diante das violações suportadas por esses povos ao longo dos séculos, desde o início do processo de colonização até aqui, pois as opressões de outrora ainda persistem, bem como as tentativas de dizimação e aculturação dos povos indígenas.

A gênese desse estudo se deu com alicerce no pensamento crítico de Eduardo Galeano, que retratou em suas obras literárias, de forma célebre, a questão indígena, os horrores enfrentados pelas populações originárias em razão da repressão iniciada pelos colonizadores, e seus impactos que refletem demasiadamente na ineficácia dos Direitos Humanos na América Latina. Como bem descreveu Galeano, “o contato com o homem branco, para o indígena, continua sendo o contato com a morte”.

Com vistas a esclarecer como se dará uma atuação dos Direitos Humanos de forma plena, o exame dos pensamentos de autores clássicos e contemporâneos, no plano da Filosofia Jurídica, que concorreram e concorrem para a busca do alcance da eficácia dos Direitos Humanos, se fez indispensável.

A exemplo disso, o pensamento do frei dominicano Francisco de Vitória contri-

buiu sobremaneira para a humanização do Direito Internacional, valorizando a dignidade humana dos povos indígenas na colonização, seus direitos e liberdade, concorrendo vigorosamente na construção do entendimento da autodeterminação dos povos. Vitória buscava desenvolver noções de justiça, de direito, exaltando a dignidade dos indígenas e dando relevância ao direito dos dominados.

Insta destacar também a contribuição do pensamento da filósofa política Hannah Arendt na identificação do crime de genocídio como um ataque à diversidade humana que merece uma visibilidade menos tímida no âmbito internacional para que haja uma maior garantia da tutela dos Direitos Humanos aos indivíduos.

Nesse sentido, no decorrer desta pesquisa, constatou-se que, embora atualmente a proteção às comunidades indígenas sejam previstas no ordenamento jurídico, a prática viola direitos básicos, tais como o direito à terra, à liberdade do exercício de sua cultura e aos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana. Assim, têm-se uma positividade normativa altamente ineficaz.

Depreende-se, dessa forma, que há uma urgente necessidade de que o genocídio indígena, que continua sendo atuante de diversas maneiras na América Latina contra os povos nativos originários, ganhe maior visibilidade num espaço político internacional, já que os dispositivos constitucionais existentes não operam de forma satisfatória. Isso porque, ainda que tenham apresentado avanços no sentido de tutelar os Direitos Humanos dos indígenas, esses dispositivos encontram dificuldades para uma real efetivação, haja vista que a ideia de uma cultura hegemônica persiste e ganha força, amparada por más gestões de governos que não agem em favor desses povos, sendo indiferentes aos seus direitos e colocando-os em constante ameaça.

A visibilidade do crime de genocídio indígena dentro de um espaço político internacional eficiente dará uma maior segurança jurídica aos povos nativos originários da América Latina, garantindo o “direito a ter direito” dessas minorias, bem como garantindo que os dispositivos constitucionais já existentes atuem com mais precisão no campo prático. Tudo isso, aliado a uma concepção de pluralismo que faz-se preponderante para o reconhecimento do direito à diferença, à identidade coletiva, à autonomia e à igualdade de acesso a direitos.

Por fim, a conclusão desta pesquisa busca fomentar a discussão sobre a defesa dos Direitos Humanos dos indígenas no cenário atual da América Latina, em razão da importância de sua efetivação, haja vista que esses povos se encontram em situação

de total ameaça, vulnerabilidade e risco de desaparecimento. Assim como criticado por Galeano na época em que escreveu “As Veias Abertas da América Latina”, muito embora a lei fosse acatada, não era cumprida. Servia tão somente como forma de expressão do talento dos juristas. Vivia-se uma legalidade fictícia, haja vista que a desumanização dos povos nativos já era amplamente naturalizada. Infelizmente, essa realidade não parece ter mudado.

REFERÊNCIAS

AROSSI, Gustavo. **Francisco de Vitória: Fundador do moderno Direito das nações**. 2004. Disponível em:

<https://www.univates.br/media/graduacao/direito/FUNDADOR_DO_MODERNO_DIREITO_DAS_NACOES.pdf> Acesso em: 28 abr. 2020.

BOLÍVIA. [Constituição (2009)]. **Constitución Política del Estado de 2009**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf>. Acesso em 20 mai. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 28 mai. 2020.

BRITANICA ESCOLA. VERBETE: Habsburgo. Disponível em: <<https://escola.britannica.com.br/artigo/Habsburgo/481454#288879>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRITO, Fausto. **A Ruptura dos Direitos Humanos na Filosofia Política de Hannah Arendt**. Belo Horizonte, 2010.

CEERT. **Brasil é líder disparado no genocídio de índios na América Latina**. Disponível em: <<https://ceert.org.br/noticias/violencia-seguranca/21755/brasil-e-lider-disparado-no-genocidio-de-indios-na-america-latina>>. Acesso em: 3 mar. 2020.

CASTRO, Alexandre de. **Fundamentos para uma crítica ao Estatuto do índio: raça e história de Lévi-Strauss**. Mato Grosso do Sul, MS: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFMS, 2016.

DO SANTOS, Denise Tatiane Girardon. **A necessidade de suplantação do regime tutelado da União sobre os povos indígenas para a plena efetividade do princípio da autodeterminação**, Projeto de Pesquisa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, apresentado na XIX

Jornada de Pesquisa, Porto Alegre, 2014.

EL PAÍS. **Bolsonaro: 100 dias de guerra contra os povos indígenas**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/11/politica/1554971346_439815.html>. Acesso em: 30 jun. 2020.

EL PAÍS. **Bolsonaro enfraquece Funai e joga sombra sobre futurosocioambiental do país**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/28/politica/1546015511_662269.html>. Acesso em: 30 jul. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Governo Bolsonaro paralisa reforma agrária edemarcção de territórios quilombolas**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/governo-bolsonaro-ordena-paralisar-a-reforma-agraria-no-pais.shtml>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

FUNAI. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/LEGISLACAO_INDIGENISTA/Legislacao-Fundamental/ONU-13-09-2007.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2020.

FUNAI. **Quem São**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?limitstart=0#>> . Acesso em: 8 mar. 2020.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre, RS: L&PM, 2010.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. 7. ed. Porto Alegre, RS: L&PM, 2003.

IGNATIEFF, Michael. **A invenção do genocídio**. Revista Serrote. Disponível em: <<https://www.revistaserrote.com.br/2020/06/a-invencao-do-genocidio-por-michael-ignatieff/>>. Acesso em: 02 jul. /2021.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Covid-19 e os povos indígenas**. Disponível em: <<https://covid19.socioambiental.org/>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

JORDÃO, M. A. M. **Bellum Justum e a justificativa da guerra: um dilema na política internacional** – Tese apresentada para a obtenção do grau de Doutor em Filosofia, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTES D'OCA, Fernando Rodrigues. **Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria**. Porto Alegre, RS: Revista Opinião Filosófica, 2012.

NAÇÕES UNIDAS. **A Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Direitos indígenas ainda são violados 10 anos depois de declaração histórica, dizem especialistas da ONU**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitos-indigenas-ainda-sao-violados-10-anos-depois-de-declaracao-historica-dizem-especialistas-da-onu/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

OLIVEIRA, F. F. **História da Segunda Escolástica Peninsular no Ambiente Universitário Lusitano**: Uma Reflexão sobre as Concepções Jurídico-políticas do Doutor Martín de Azpilcueta Navarro. Revista Brasileira de História do Direito, Minas Gerais, 2015.

PIB. SOCIAL. **Povos indígenas e os direitos humanos**. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povos_ind%C3%ADgenas_e_os_direitos_humano_s>. Acesso em: 16 mai. 2020.

REGO, Patrique Lamounier. **Caminhos da Desumanização**: Análises e Imbricamentos Conceituais na Tradição e na História Ocidental. Dissertação para conclusão do curso de Mestrado em Filosofia da Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

SALES, A. P. **Bartolomé de Las Casas e Francisco de Vitória**: Filosofia Política e Moral no debate sobre o direito natural e o Direito das Gentes no Novo Mundo. *Construindo Direito*. Serra Talhada. Vol. 2, n. 2, Dez 2010.

SILVA, Amanda de Paula Mendes Rodrigues da. **Direitos humanos em Francisco de Vitória**: uma análise da proteção dos povos indígenas no sistema interamericano. Trabalho de Conclusão de Curso – Centro Universitário do Pará, Belém, 2018.

UOL. **Brasil é denunciado por risco de genocídio indígena no Conselho de Direitos Humanos da ONU**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2020/03/03/brasil-e-denunciado-por-risco-de-genocidio-indigena-no-conselho-de-direitos-humanos-da-onu.htm#:~:text=Brasil%20%C3%A9%20denunciado%20por%20risco%20de%20genoc%C3%ADdio%20ind%C3%ADgena,de%20Direitos%20Humanos%20da%20ONU&text=O%20Brasil%20foi>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

VITÓRIA, Francisco de; **Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra**: 3.ed. Madrid: Espasa-Calpe, S.A., 1975.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Seqüência**, 2006.

MODA SUSTENTÁVEL: A PROBLEMÁTICA DO DUMPING SOCIAL E AMBIENTAL SOB A ÓTICA DA SUSTENTABILIDADE E SUAS DIVERSAS FACES

Maria Eduarda Pinheiro Rodrigues¹

Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas²

RESUMO

O presente trabalho pauta-se na problemática do Dumping como prática de concorrência desleal que visa ao lucro a qualquer custo, em um contexto da sustentabilidade na sua face não só ambiental, como também social. O objetivo geral consiste em analisar os conceitos que envolvem a sustentabilidade, na condição de princípio constitucional, bem como a definição e objetivos do Desenvolvimento Sustentável, no contexto da indústria da moda, que por sua vez é um dos maiores e mais importantes mercados. Dentro dos objetivos específicos, pretende-se debater sobre a prática do Dumping pelo qual se tem a inserção de produtos com seus respectivos valores abaixo do mercado local, e como consequência ameaça ou até mesmo causa severos prejuízos a esta indústria do país que importador. E no contexto dessa prática, analisar minuciosamente não só a questão do dumping social, quanto do dumping ambiental, sendo ambos norteados pela legislação ambiental e trabalhista respaldadas sustentabilidade enquanto princípio. Busca-se indagar de que maneira é possível erradicar tais práticas, a fim de preservar o viés multidisciplinar da sustentabilidade. Objetiva-se – principalmente - demonstrar a realidade por trás da glamorosa indústria da moda na qual se vale da mão de obra e da exploração dos recursos naturais de forma inadequada ou imprópria. O presente estudo se vale da análise jurisprudencial, doutrinária e documental para verificar a eficácia das normas bem como de todas as medidas adotadas pelo Poder judiciário, no objetivo de conservar todo o ecossistema, a dignidade da pessoa humana, e, sobretudo, o futuro das presentes e futuras gerações.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Desenvolvimento sustentável. Princípio constitucional. Dumping ambiental. Dumping social.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, Eduarda021098@gmail.com.

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, adrianagomes@unirn.edu.br.

**SUSTAINABLE FASHION: THE PROBLEM OF SOCIAL AND ENVIRONMENTAL DUMPING
FROM THE POINT OF SUSTAINABILITY AND ITS VARIOUS FACES**

ABSTRACT

The present work is based on the problem of Dumping as a practice of unfair competition that aims to profit at any cost, in a context of sustainability in its not only environmental but also social aspects. The general objective is to analyze the concepts that involve sustainability as a constitutional principle, as well as the definition and objectives of Sustainable Development in the context of the fashion industry, which in turn is one of the largest and most important markets. Within the specific objectives, it is intended to debate the practice of dumping by which products are inserted with their respective values below the local market, and as a consequence threatens or even causes serious damage to this industry in the country that imports. And in the context of this practice, thoroughly analyze not only the issue of social dumping but also environmental dumping, both of which are guided by environmental and labor legislation backed by sustainability as a principle. It seeks to ask how it is possible to eradicate such practices in order to preserve the multidisciplinary bias of sustainability. Its main objective is to demonstrate the reality behind the glamorous fashion industry in which labor and exploitation of natural resources are used inappropriately or improperly. The present study makes use of jurisprudential, doctrinal and documentary analysis to verify the effectiveness of the rules as well as of all the measures adopted by the Judiciary in order to preserve the entire ecosystem, the dignity of the human person and above all the future of present and future generations

Keywords: Sustainability. Sustainable development. Constitutional principle. Environmental dumping. Social Dumping.

1 INTRODUÇÃO

A sustentabilidade juntamente com o desenvolvimento sustentável são problemáticas abordadas de forma recorrente no mundo capitalista e moderno, principalmente, em razão do aumento das desigualdades sociais, mudanças nas condições

climáticas e aumento gradativo da exploração do meio ambiente pelo homem, o que acaba causando uma poluição e degradação da natureza sem precedentes.

Não obstante, o mercado da moda é um dos maiores e mais atuantes mercados do mundo, de forma que a indústria experimenta um forte crescimento a cada ano que passa, o que o torna um dos maiores poluidores também. De acordo com um dado da Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção (ABIT, 2018), o Brasil tem a maior e mais completa Cadeia Têxtil do ocidente, quarto maior produtor e consumidor de jeans do mundo e o quarto maior produtor de malha do mundo.³

Dessa forma, sendo a moda um dos temas abordados e relevantes dentro das questões sociais, por executar acentuado papel no desenvolvimento da economia e por atuar de frente para o meio ambiente, o presente trabalho pretende abordar a responsabilidade dos agentes - frente aos objetivos do Desenvolvimento Sustentável e aos da Sustentabilidade - enquanto Princípio Constitucional que visa coibir as práticas de Dumping.

No que tange à sustentabilidade, há um equívoco baseado em uma visão limitada, que associa o tema tão somente as questões ambientais. Tal posicionamento por diversas vezes pode se basear em um discurso de marketing falacioso que visa apenas conquistar seu público pautando-se nas questões sustentáveis.

Nesse sentido, em primeiro momento o presente trabalho trará a definição de Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável, ao passo que tal Sustentabilidade será abordada de maneira multidisciplinar, ao analisar as suas diversas dimensões que vão além da análise ambiental, como também será enfatizado o seu papel enquanto princípio da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Partindo da abordagem inicial, o segundo momento da pesquisa pauta-se na definição e análise das práticas de dumping, na sua esfera social e ambiental, responsáveis pelo desrespeito da legislação protetiva do meio ambiente e trabalhista, por ser uma prática de concorrência desleal para majorar lucros indevidos e causar, portanto, um dano de espectro coletivo e ir contra a todo um objetivo sustentável.

No terceiro capítulo, por sua vez, trata-se dos aspectos práticos do Dumping Social e Ambiental, no Brasil, e no Mundo, a partir da investigação e análise dos casos concretos e quais seriam as medidas cabíveis para erradicar tais ocorrências de forma a preservar a

³ Dados gerais do setor referentes a 2018 - atualizados em dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor>>. Acesso em 09 de set. 2020.

eficácia dos objetivos da sustentabilidade.

Ressalta-se que o principal objetivo da presente pesquisa é apresentar a realidade, por trás da indústria da moda e os impactos sociais e ambientais, ocasionados por toda cadeia produtiva, enfatizando toda responsabilidade dos autores envolvidos no setor, que é um dos que apresentam forte crescimento a cada ano, no Brasil.

A metodologia utilizada é o método de abordagem dedutivo, pois analisa a problemática referente aos desdobramentos que as práticas de Dumping Ambiental e Social ocasionam, diante do conceito de Sustentabilidade, considerando-o como princípio. A pesquisa explicativa investiga as questões da sustentabilidade, aliado à moda, utilizando-se também como técnica de pesquisa o procedimento bibliográfico de cunho teórico, através de pesquisas, doutrina, legislação, julgados, dados estatísticos e demais documentos que mostram a reflexão responsabilidade sustentável e social acerca da moda e produção em larga escala.

2 ANÁLISE CONCEITUAL E MULTIDISCIPLINAR DA SUSTENTABILIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Com o passar dos anos, o aumento do consumo desenfreado - em decorrência de um capitalismo avassalador, em vários setores da economia - coloca em dúvida como será a situação do mundo e das novas gerações em um momento futuro. Um dos setores responsáveis pelos impactos sem fronteiras é o mercado da moda, um dos maiores e mais importantes, responsável por um forte crescimento - a cada ano - e por consequência, um dos maiores poluidores, assim como setor petrolífero e o setor da agropecuária.

Dito isso, o cenário atual requer que os olhares sejam concentrados para a questão da sustentabilidade de forma responsável, ao passo que esta seja pensada e analisada em todos os setores e âmbitos da sociedade, de forma a reverter toda a situação, a longo prazo, através de medidas assecuratórias, tanto em favor do trabalhador, quanto a favor do meio ambiente.

Para compreender a temática da sustentabilidade, faz-se necessário aduzir que seu conceito não está unicamente interligado às questões meramente ambientais, de forma que seu entendimento ultrapassa os limites da causa ambiental, sendo, portanto, um conceito pluridimensional com várias faces e acepções.

Ainda que a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável sejam matérias recorrentes, na conjectura atual, sendo temas de problemáticas sociais, é imperioso compreendê-la em sua totalidade, nas suas diversas faces, de forma que esse não se torne uma narrativa inerte e falaciosa, baseado em informações limitadas ou até mesmo um discurso de marketing feito pelo setor empresarial que tão somente visa ao lucro.

Não obstante, tem-se que a ONU desenvolveu a chamada ODS ou objetivo do Desenvolvimento Sustentável, no qual estabelece 17 objetivos como meta para os próximos 15 anos, dentre eles tem-se acabar com a pobreza, acabar com a fome, como também promover o bem estar para todos em todas as idades. Percebe-se portanto, que tais objetivos vão além do viés ambiental e visam um mundo justo e saudável para todos.

Portanto, em primeiro plano será analisada a temática da sustentabilidade em seu conceito multidisciplinar e principalmente, enquanto princípio constitucional.

2.1 SUSTENTABILIDADE E SUAS DIVERSAS FACES

A princípio, o conceito de desenvolvimento sustentável surgiu, pela primeira vez, em agosto de 1979, através de um evento promovido pela Organização das Nações Unidas, envolvendo uma temática de recursos, ambiente e desenvolvimento. Contudo foi apenas no ano de 1987 que o conceito foi de fato elaborado, com o relatório “Nosso Futuro Comum” (our common future), tendo sido criado pela primeira ministra da Noruega, a diplomata e médica norueguesa Gro Harlem Brundtland.

A temática envolvendo a definição de desenvolvimento sustentável foi feita para a comissão mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, definido como “aquele que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades” (SILVA, 2013, p.301)

Nesse sentido, o conteúdo ou então noção da sustentabilidade não carrega em si um conceito acabado e totalmente estruturado, mas sim uma proposta que ainda está sendo construída, baseada em análises doutrinárias. Assim, o professor Juarez Freitas (2012) considera que a sustentabilidade na qualidade de princípio é:

Princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e

espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos (FREITAS, 2012, p.48).

De acordo com a definição acima, pode-se observar que o conceito de sustentabilidade vai além do pilar meramente ambiental, passando para outras esferas como a social, ética, econômica, cultural, jurídica-política e dentre outros.

No senso comum, se costuma idealizar a sustentabilidade como a harmonização do meio ambiente com o crescimento da economia em diversos setores. Contudo, para Freitas (2012, p.48), a sustentabilidade na sua forma é no mínimo um “polígono de cinco faces”, faces que não se dissociam e estão a todo momento interligadas, transcendendo da conceituação puramente ambiental.

Nota-se que tal análise caminha no sentido contrário do reducionismo ambiental epistemológico, para o qual tudo termina no viés ambiental, sem que as outras áreas da experiência humana sejam consideradas. Freitas (2012) então conclui que a sustentabilidade não é “mera norma vaga, pois determina, numa perspectiva tópicosistemática, a universalização concreta e eficaz do respeito às condições multidimensionais da vida de qualidade, com o pronunciado resguardo do direito ao futuro” (FREITAS, 2012, p.48)

No que diz respeito às dimensões acima citadas, a dimensão social da sustentabilidade diz sobre um paradigma que jamais admite um modelo que seja injusto e exclua determinadas categorias. É nessa dimensão que os direitos sociais são abraçados na qualidade de direitos fundamentais, de forma a garantir que os direitos básicos como o de saúde, educação e segurança sejam garantidos com eficácia e eficiência (FREITAS, 2011).

A dimensão social então diz sobre as condições que devem ser impostas, em favor de um crescimento que ande junto com os direitos garantidos pela constituição, ao passo de ser contra toda e qualquer sociedade que sobreviva sem a devida dignidade. É nesse conceito que o autor assinala que “o ambiente do trabalho não pode prosseguir acidentado, tóxico e contaminado, física e psicologicamente, sob pena de ser insustentável.” (FREITAS, 2011, pp.56-57)

Quanto à dimensão ética, pode-se afirmar como sendo uma tarefa íntima de cada um em projetar legados positivos de acordo com a sua autoconsciência de forma que essa atitude venha a se tornar universal, para todos e de todos. Essa dimensão implica produzir atitudes duradouras em consonância tanto com a particularidade de cada um,

quanto com a interação junto ao meio ambiente, abraçando os dois sentidos ao mesmo tempo. Essa dimensão é presente

[...] no sentido de que todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, donde segue a empática solidariedade como dever universalizável de deixar o legado positivo na face da terra.” [...] Cooperação aparece nesse contexto, como magno dever evolutivo, favorável à continuidade da vida como sistema ambiental, cada vez mais rico e complexo. [...] Tal percepção ética habita o íntimo de cadaum (FREITAS,2011, p. 59).

É sobre objetivar uma ética universal, pela qual todos os indivíduos a reconhecerão, nunca prejudicando e sendo benéfica a todos os seres.

Exemplificando sobre os efeitos de atitudes éticas - em prol do meio ambiente e da natureza como um todo - podem-se citar os casos de ativismo que defendem a não mais utilização de animais, em testes de laboratório para a fabricação de produtos tanto no setor têxtil, quanto no setor de cosméticos do mundo da moda, já que essa face da sustentabilidade também busca pelo reconhecimento da dignidade dos seres vivos.

A respeito da dimensão ambiental da sustentabilidade trazida por Freitas (2011), pode-se considerar que está diretamente interligada ao direito das futuras gerações a possuírem um meio ambiente digno no qual nele possam habitar, de forma saudável e menos degradante. Se vislumbra um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, conforme dispõe o artigo 225 da nossa constituição federal.

Freitas (2011) ainda ajusta que se a natureza não for devidamente preservada, não haverá matéria-prima hábil a suprir as necessidades, tampouco haverá a existência humana na terra, com a devida qualidade de vida necessária à sua manutenção.

Logo, a base da dimensão ambiental prevê uma adequação dos potenciais recursos do ecossistema, de forma a produzir o mínimo de deterioração, além da diminuição do uso desenfreado de combustíveis fósseis culminado com a redução das grandes quantidades de substâncias poluentes (SANTOS, 2011, p.44).

Já a dimensão sob a ótica econômica, o professor Freitas (2011) faz a seguinte análise:

O consumo e a produção precisam ser reestruturados, completamente, segundo essa diretriz. A natureza não pode mais ser vista como simples capital, e a regulação estatal homeostática se faz impositiva, sem o desvio característico dos adeptos do fundamentalismo do mercado, que ignoram a complexidade do mundo natural. A par disso, a garantia de renda básica, numa equação custo-benefício, mostra - se imensamente vantajosa, quando assegurada para todos. O abandono da pobreza liberta para alçar voos maiores (FREITAS, 2011, pp. 63-64).

Nesse viés, Freitas (2011) ainda aduz que deve haver uma ponderação entre eficiência e equidade, devendo as políticas econômicas sustentáveis serem aplicadas às grandes e pequenas empresas, objetivando sempre novos indicadores para o abandono da pobreza.

É nesta dimensão que deve haver a adequação de práticas que possuam natureza como fonte principal, sendo imprescindível a mudança de comportamentos, a partir de um planejamento a longo prazo, visando sempre o combate do desperdício de toda e qualquer matéria prima, através da otimização e reformulação de condutas.

Por fim, e não menos importante, a quinta face ou dimensão da sustentabilidade, a jurídico-política defende que a sustentabilidade deve ser o cumprimento dos deveres e direitos fundamentais de toda a sociedade, sendo como um dever constitucional tanto dos cidadãos, quanto do Estado democrático que visa proteger tanto o presente, quanto o futuro de todas as gerações.

É no âmbito jurídico-político que as garantias fundamentais devem ser resguardadas, tais como: o direito a longevidade digna, direito à alimentação sem excesso e carências, direito ao ambiente limpo, direito à educação de qualidade, direito à democracia, direito à informação livre de conteúdo qualificado, direito ao processo judicial e administrativo com desfecho tempestivo, direito à segurança, direito à renda oriunda do trabalho decente, direito à boa administração pública, e direito à moradia digna e segura (FREITAS, 2012, p.48).

Defende, portanto, o autor Juarez Freitas (2011) que o conceito de sustentabilidade é amplo, e essas diversas dimensões dialogam entre si, de forma a constituir mutuamente uma dialética e uma dinâmica diferenciada, não se restringindo apenas em uma dimensão. Sobre o tema, conclui que “trata-se em resumo, de princípio ético social, econômico, ambiental e jurídico-político, que determina a descarbonização dos espíritos e uma completa revisão da normatividade jurídica.” (FREITAS, 2012, p.72)

Ao passo que tal visão sobre o tema é ampliada e os indivíduos expandem seus conhecimentos, que é permitido a construção de um novo desafio político jurídico a ser superado, envolvendo todas as questões do meio ambiente como um todo, nos seus vários âmbitos e aspectos. É sobre um desafio, em prol da mudança e efetividade do ordenamento jurídico.

É imperioso concluir que a preocupação com o futuro das gerações advindos da exploração em massa e agressiva do meio ambiente no qual estamos inseridos, não

advém apenas do setor ambiental, mas também do setor ético, social, jurídico-político e econômica que juntos articulam-se entre si.

2.2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DA SUSTENTABILIDADE SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL

Tendo como base o conceito acima exposto, pelo qual traz a sustentabilidade em uma égide multidimensional proposto pelo autor Juarez Freitas (2011), conclui-se que tal temática deve ser, dia após dia, reformulada, sob uma perspectiva que fuja dos limites rasos e falaciosos de toda e qualquer análise, tendo em vista que a problemática do meio ambiente exige a todo momento uma maior conscientização que com si traga novas soluções e ~~novas~~ alternativas através de um estudo mais rebuscado.

Tal conceito - inicialmente abordado e proposto por Freitas (2011) - passa por uma compreensão a respeito dos princípios da constituição, de forma que esse atenta para a necessidade da ocupação e reconstrução do conceito da sustentabilidade também enquanto princípio constitucional, dentro do âmbito jurídico. Isso posto, para um melhor entendimento, se faz necessário analisar que o princípio, segundo Alexy (2008) é fundamental na interpretação da regra, quando há o conflito entre a norma e caso concreto, de forma que diante de um confronto, o princípio tende sempre a prevalecer.

Foi na Pós-modernidade jurídica, juntamente com o advento e formulação da Constituição federal de 1988 que temas antes pouco abordados, passaram a ocupar uma posição de maior preocupação do mundo jurídico. E uma dessas temáticas envolvia a questão ambiental, no âmbito do desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade, passando a serem áreas de uma maior atuação tanto dos ambientalistas, quanto - principalmente - dos constitucionalistas.

Foi a partir da Pós-modernidade que as questões passaram de um mero debate ideológico para um cenário de maior discussão com a abordagem diferenciada, ao passo que a nova realidade visasse, principalmente, à preservação da espécie humana, pois já não era mais possível vislumbrar o direito sem que a vida humana e seu futuro não fosse devidamente abordado (OLIVEIRA, 2012, p.96).

Partindo da premissa que a ciência é produto da cultura humana, é possível afirmar que o ser humano não desenvolve sem essa ciência e seus fundamentos, tampouco sem o seu conjunto vasto de regras. É nesse viés que o direito, por sua vez, possui um papel fundamental na construção de instrumentos que garantam os anseios e orientem os

comportamentos daquela determinada sociedade, e nesse caso, o futuro das gerações inserido na problemática do meio ambiente.

A sustentabilidade só se torna uma questão jurídica, quando essa passa a ser considerada como um valor fundamental, relacionada ao desenvolvimento da humanidade enquanto era moderna. Dessa forma, tal problemática não pode ter uma definição abstrata, mas sim um estudo enquanto princípio constitucional que se estende por todos os ramos do direito, como se bem pretende o texto da Constituição de 1988, quando se vislumbra a sustentabilidade como objetivo geral do Estado brasileiro (OLIVEIRA, 2012, p. 98).

É no artigo terceiro da nossa Constituição⁴ que temos o texto sobre o desenvolvimento sustentável, no qual é trazido como objetivo e direito fundamental do nosso país. Contudo, é preciso uma análise mais rebuscada e objetiva da temática nas suas essências para que esse objetivo seja verdadeiramente cumprido.

Nesse sentido, é preciso compreender que a Sustentabilidade não apenas pondera o direito de um meio ambiente saudável, mas necessita de um equilíbrio juntamente ao direito fundamental da livre iniciativa, como é bem assegurado no Art. 170, inciso VI, VII e IX⁵ CF88.

Diversos artigos ainda da Constituição federal se comunicam entre si, a fim de afirmar que o desenvolvimento sustentável deve ser encarado como um princípio constitucional cujo objetivo é um desenvolvimento de forma pensada, planejada e integrada aos diversos setores como o setor financeiro, tecnológico e até mesmo científico e educacional, como bem dispõe os arts. 218 e 219, quando afirma que é dever do Estado incentivar a pesquisa científica e estimular a articulação entre os entes nas diversas esferas do governo.

Além disso, vislumbrando-se sob o prisma do judiciário, acompanhar a evolução do conceito de sustentabilidade e aplica-lo ao caso concreto, torna-se um desafio à conjectura atual. É nesse momento em que a figura do juiz, enquanto intérprete do

⁴ **art. 3º, cf:** constituem objetivos fundamentais da república federativa do brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁵ **Art. 170, CF:** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. **Parágrafo único.** É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

ordenamento jurídico, se torna importante, de forma que é a partir das suas decisões atreladas à jurisprudência atual, que a inovação do sistema pode ser plausível de enfim ocorrer.

O autor J.J. Gomes Canotilho (2010) afirma então que o princípio da sustentabilidade não carrega com si, soluções prontas, mas encara sempre diversas problemáticas que devem ser analisadas com as devidas ponderações, tal como os demais princípios que estruturam a constituição do País.

É sob essa perspectiva que Juarez Freitas (2012) ressalva que deve haver uma interpretação constitucional por parte do juiz, enquanto intérprete da lei: “é necessário compreender, de maneira dialética, o processo hermenêutico, produzindo o intérprete o sistema normativo, embora reconheça sua parcial autonomia.” (FREITAS, 2012, p. 301).

Questões sobre a real garantia de um cenário sustentável para as futuras gerações, nos diversos setores como o ambiental, trabalhista e até cultural, como também questões que tratem do grande conflito de interesses entre a proteção cultural, no âmbito local, e o interesse empresarial na produção e comercialização de produtos em larga escala, são situações em que o magistrado irá se deparar, cabendo somente a ele acompanhar essas mudanças, dentro de suas limitações impostas em lei, já que é mais complicado para o legislativo fazê-lo (FREITAS, 2005, p.8).

A respeito do assunto, Lorena Freitas (2005), no seu artigo “Marxismo, Direito e a Problemática da Ideologia Jurídica”, discute:

(...) pela insuficiência dos textos legais como fonte única ao raciocínio jurídico, temos uma evidência possível da não limitação das decisões aos preceitos normativos, prescritos pelo Estado. É quando então a visão de mundo do agente jurídico, então interfere neste processo decisório. (FREITAS, 2005, p. 08).

Dito isso, além do seu caráter multidimensional atrelado ao desenvolvimento sustentável, a sustentabilidade deve ser norteada pela interpretação jurisdicional, pautando nos valores supremos previstos na carta magna, tendo em vista que a visão do juiz enquanto intérprete, será indispensável, no processo decisório, quando a norma não for capaz de sanar integralmente os problemas.

Muito embora Constituição Brasileira de 1988 tenha em seu texto a sustentabilidade como princípio implícito, desde parte dos direitos fundamentais até os princípios dos textos específicos como o da economia por exemplo, é cediço dizer que na prática tal problemática é pouco abordada, diferente do que se trata a teoria.

Portanto, de nada adianta um conceito sólido e com diversas faces, se, no âmbito jurídico, o princípio da sustentabilidade não for abordado e mitigado pela arbitrariedade dos que tem o poder de decidir e construir segundo a lei. É sobre interpretar os preceitos e conceitos sob um ditame sustentável.

3 DUMPING: CONCEITO JURÍDICO E ESPÉCIES

O conceito de DUMPING está disposto no artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994, *in verbis*:

As partes contratantes reconhecem que o “dumping” que introduz produtos de um país no comércio de outro país, por valor abaixo do normal, deve ser condenado se causa ou ameaça causar prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante, ou se retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional (BERTAGNOLLI,2013, p.139).

Tal definição foi criada durante o contexto da Segunda Guerra Mundial, no momento em que os aliados buscavam o estreitamento de suas relações político-comerciais com o objetivo de reconstruir e fortalecer a economia deteriorada à época da batalha. Foi no acordo GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) que se discutiu as regras do comércio internacional, dentre eles, se abordava o Dumping (BARROS, 2004).

Isso posto, vê-se que o Dumping é, de forma geral, uma prática na qual se tem a inserção de produtos com seus respectivos valores abaixo do mercado local, que como consequência ameaça ou até mesmo causa sérios prejuízos a esta indústria do país que importa. É a chamada concorrência desleal, de forma que é através da redução dos custos de produção, no tocante à matéria prima e mão de obra, que se tem a drástica redução do valor final do determinado produto.

A redução do valor também se dá em razão dos meios facilitadores que determinadas localidades ao redor do Mundo possuem no âmbito Estatal, como a isenção de impostos e principalmente o descumprimento da legislação tanto trabalhista quanto ambiental.

Importante destacar que ainda que haja diversas críticas doutrinárias acerca do referido instituto, a norma transcrita estabelece uma diferenciação entre o dumping, na sua modalidade condenável e não condenável (BERTAGNOLLI,2013, p.139).

O Dumping condenável é aquele que causa danos à indústria têxtil e da moda no geral na sua face doméstica, já que há a mercadoria “ameaçadora” do Dumping nas importações do país. Já o Dumping não é condenável quando aquela mercadoria não é capaz de trazer nenhum dano à indústria local, pois o produto obedece à questão da concorrência e é vendido com um valor igual ou superior aos demais.

Na sua modalidade condenável o Dumping é dividido em dois tipos:

O dumping esporádico é identificável como o produto do estoque excessivo de uma empresa, que o vende no exterior a preços menores do que os praticados em seu país de origem. Conforme Carbaugh, essa forma de dumping resulta de alterações imprevistas nas condições de oferta e de demanda, infortúnio ou planejamento deficiente dos produtores externos.

O dumping predatório ocorre quando um produtor reduz o preço cobrado no exterior para eliminar do mercado os concorrentes estrangeiros. A eliminação da concorrência gera o monopólio do praticante do dumping que, após atingir o poder de mercado, aumenta os preços, não beneficiando, de forma alguma, os consumidores internos (BERTAGNOLLI, 2013, p.140).

De acordo com as duas definições exemplificadas acima nota-se a premente necessidade de medidas antidumping a serem aplicadas pelo controle estatal de cada localidade, a fim de preservar o produtor ou indústria local, evitando o monopólio do mercado dos importados.

Nesse capítulo será abordado a temática específica acerca do Dumping social e Dumping ambiental, como duas faces da prática do referido instituto responsáveis por diversos impactos, tanto no setor trabalhista-social, quanto no setor ambiental.

3.1 DUMPING SOCIAL

Considerado um importante desdobramento do fenômeno geral de Dumping, a sua esfera Social é frequentemente discutida em todo mundo, principalmente, no plano do Direito internacional aliado ao Direito Coletivo do Trabalho.

Tal assunto é recorrente - em países emergentes ou periféricos - que por sua vez tem-se rebaixadas as suas legislações vigentes para que empresas de grande porte, especialmente aquelas voltadas para o mercado global, reduzam de forma significativa os custos de suas produções e tenham por fim um produto capaz de passar por cima e eliminar toda e qualquer concorrência, já que o valor do produto final é muito baixo.

A prática é por consequência, um afronte às garantias trabalhistas,

previdenciárias e até mesmo ao direito fundamental. Leandro Fernandez afirma:

Dumping Social pode ser definido como a modalidade de concorrência desleal consistente na comercialização de mercadorias ou serviços á preços inferiores àqueles normalmente praticados pelo mercado, obtidos mediante a reiterada utilização de mão de obra em condições inadequadas a padrões laborais mínimos, gerando danos sociais (FERNANDEZ, 2014, p.85)

De igual modo, Paulo Mont`Alverne Frota conceitua

A palavra dumping provém da língua inglesa *dump*, o qual, entre outros, tem o significado de despejar ou esvaziar. A palavra é utilizada em termos comerciais (especialmente no conceito do direito internacional) para designar a prática de colocar no mercado produtos abaixo do custo com o intuito de eliminar a concorrência e aumentar as quotas de mercado (FROTA, 2013, p. 206).

Para o autor o Dumping social é considerado até o momento em que consegue dominar o mercado e descartar a concorrência e, principalmente, a indústria local, a partir da oferta de produtos com valores abaixo do mercado:

O dumping é frequentemente constatado em operações de empresas que pretendem conquistar novos mercados. Para isto, vendem os seus produtos a um preço extremamente baixo, muitas vezes inferior ao custo de produção. É um expediente utilizado de forma temporária, apenas durante o período em que se aniquila o concorrente. Alcançado esse objetivo, a empresa praticante do dumping passa a cobrar um preço mais alto, de modo que possa compensar a perda inicial. De resto, o dumping é uma prática desleal e proibida em termos comerciais (FROTA, 2013, p. 206).

Nessa perspectiva, nota-se que os valores e os direitos sociais, trazidos como fundamentos da República na Constituição Federal, são sonogados a partir do desrespeito da legislação Trabalhista, haja vista que essa engloba de igual modo toda uma sociedade que se objetiva ser justa e saudável. É, assim, uma manifestação de dano social que contraria todo um projeto constitucional previamente construído.

Não obstante, a prática de Dumping coloca em xeque - inevitavelmente - todo o conceito e vertentes de sustentabilidade anteriormente abordado, uma vez que as atitudes arbitrarias da indústria da moda, através da exploração de mão-de-obra, tratam o trabalhador como se mercadoria fosse, o colocando à margem da sociedade, através da redução das suas condições de vida.

O viés social da Sustentabilidade defende que o ambiente de trabalho não pode continuar se esse for tóxico, contaminado e acidentado, tanto física, quanto

psicologicamente. A partir do instante em que se reduz o trabalhador na condição de mercadoria, não se tem como sobreviver com dignidade, sendo, portanto, um trabalho insustentável.

Assim, de acordo com José Luiz Souto "o dano causado pela empresa que burla reiteradamente direitos trabalhistas para, com isso, obter vantagem financeira em relação à concorrência é dano de espectro social." (MAIOR, 2014,p.21). Dano de Espectro social é aquele que envolve toda a coletividade, sendo que não apenas são afetados os trabalhadores diretamente das grandes indústrias, mas também toda a coletividade em que estão inseridos.

Supletivamente o exposto, pode-se dizer que o Dumping no seu viés Social é então um dano coletivo, social e futuro, já que além de atingir toda uma categoria de trabalhadores já imersos na cadeia de produção e exploração, atinge de forma subsequente o futuro trabalhador que venha a ingressar nesse setor por ventura de situação de grande crise econômica que ocasiona o desemprego, como a crise mundial no qual se enfrenta atualmente.

Sabe-se que em momento de estagnação econômica, a oferta de emprego fica cada vez menor e o desemprego continua a preocupar o futuro de milhares de pessoas ao redor do país e do mundo. Dessa forma, o trabalhador em situação vulnerável termina por aceitar qualquer tipo de proposta de emprego como forma de subsistência, até mesmo os mais degradantes.

É nesse momento que as grandes empresas se aproveitam de toda a situação delicada de crise para explorar de uma mão de obra barata e tirar todo e qualquer tipo de vantagem que reflita no preço final de seu produto, principalmente, no tocante aos baixos salários ofertados, em comparação com o árduo trabalho desempenhado. Nesse sentido, Enoque Ribeiro dos Santos aduz "Se os salários representam mais de cinquenta por cento da planilha do custo do produto/serviço, nada mais lógico, na leitura empresarial, reduzi-los ao extremo para repassá-los ao consumidor final" (SANTOS, 2015, p.209-221).

Existem diversos exemplos deste modelo tipicamente capitalista, no Brasil, nas indústrias têxteis, principalmente, no que tange à criação de cooperativas, nos interiores do país, onde estão, muitas vezes, empresas estrangeiras de grande porte, utilizam-se até mesmo mão de obra infantil e quem desempenham até mesmo o trabalho análogo à escravidão, em virtude de longas e exaustivas jornadas de trabalho, sem respeitar os padrões mínimos da legislação trabalhista vigente.

São diversos casos emblemáticos que tem o Dumping social como protagonista, representando o dano social e moral à coletividade, que serão melhor exemplificados nos capítulos seguintes.

Portanto, tem-se que o fenômeno do Dumping Social é uma prática de concorrência desleal, que visa à busca de lucro a qualquer custo por meio do desrespeito, e como consequência do descumprimento das normas que protege esse trabalhador, condicionando-o à prestação de trabalho em condições desumanas com jornadas exaustivas em locais insalubres e perigosos o que leva a ser uma atividade análoga à escravidão, tão nociva à integridade física e moral da pessoa humana.

3.2 DUMPING AMBIENTAL

Em seu artigo 225, a Constituição Federal dispõe que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e pertencente a toda coletividade, de forma que todos conjuntamente devem ser obrigados a preservá-lo e a defendê-lo. É no contexto de exploração capitalista, decorrente da busca do lucro a qualquer custo que se encontra a prática do Dumping Ambiental, que por sua vez anda ao lado do Dumping Social, anteriormente abordado.

Enquanto o Dumping Social é o descumprimento da legislação protetiva dos trabalhadores que atuam na linha de frente da produção na indústria têxtil, o Dumping Ambiental, por sua vez, é a prática que colide não só com a legislação ambiental, mas também com as garantias constitucionais de livre iniciativa e concorrência econômica.

É então, a utilização de mecanismos, produtos e fontes duvidosas para que o lucro seja maior e a concorrência seja desleal. O baixo custo se dá em razão do descumprimento das normas protetivas do meio ambiente de um determinado local, ou até mesmo quando as indústrias de grande porte se instalam em países com baixa ou inexistente fiscalização e proteção ambiental.

No tocante à instalação de empresas de grande porte, em países que pouco tratam do viés ambiental temos que:

O dumping ecológico ou ambiental consiste em enquadrar determinados países que não estão em conformidades com as normas e práticas ambientalmente corretas, como por exemplo, a utilização inconsciente e insustentável dos recursos naturais, bem como a sobre utilização destes recursos do meio

ambiente (GODEIRO, 2006, p. 221).

Foi apenas com o advento do processo conhecido como Revolução Industrial que houve o desenvolvimento do comércio internacional, e com esse desenvolvimento a degradação do meio ambiente vem acontecendo de forma desenfreada em razão, primeiramente, de uma agricultura exercida intensivamente, que visa o consumo de humanos e animais e por conseguinte de um consumismo sem limites em que as pessoas são fascinadas pelas novidades das novas tecnologias, tudo isso em um contexto de industrialização, ocorrida no passado, que perdura até nos dias atuais.

O Mestre Paulo Nicholas Mesquita em seu artigo defende:

A partir da década de 1980 os movimentos ambientais se fortalecem –em grande parte devido aos desastres socioambientais que continuaram a se suceder em grande escala, como o vazamento de gases tóxicos de uma indústria na Índia em 1984 e o acidente nuclear de Chernobyl em 1986 – e obrigam os governos nacionais a incorporar novos instrumentos na condução de suas políticas públicas de forma abusar compatibilizar crescimento econômico e preservação do meio ambiente. Surge o conceito de desenvolvimento sustentável – a crença de que os recursos naturais e o crescimento são ilimitados passa a enfrentar grandes contestações. (LOBO, 2014, pp. 188-189).

Nessa conjuntura, ainda que em tempos anteriores, o assunto ambiental já chamasse atenção ao redor do mundo, a relação meio ambiente e comércio só passou a ser um problema - sobretudo não apenas a partir da década de 1980 mas com o advento da conferência ECO-92 - quando surgiram as discussões sobre possíveis políticas de desenvolvimento sustentável, e também com o surgimento do capitalismo industrial. Essa agressão ao ambiente natural deu-se em virtude de uma mudança de comportamento do homem na sua interação homem/natureza física (LIMA, 2001, p.13).

É neste cenário que o Dumping ambiental se constitui: de um lado atuando diretamente no descumprimento da legislação ambiental, que protege todo um ecossistema, e de outro lado com no deslocamento do polo industrial ou apenas do descarte do lixo tóxico - em países periféricos - onde não há proteção normativa, tampouco há um Estado fiscalizador capaz de punir e adequar as práticas.

A título exemplificativo, o algodão é uma das principais matérias-primas da produção de roupas e tecidos, sendo que para ele chegar no objetivo final, precisa não apenas obedecer às etapas de plantio e cultivo com o uso de agrotóxicos e pesticidas mas também necessita ser tingido de acordo com a demanda o que leva a utilização de ácidos

e compostos sólidos. Todos esses elementos corroboram para uma degradação cada vez maior ao meio ambiente e também à saúde humana:

Já, nas etapas de produção têxtil, o algodão usado normalmente é tingido com corantes que tem em sua composição diversos elementos como ácidos, sólidos solúveis e compostos tóxicos, os quais podem contaminar os recursos hídricos. Nesse diapasão, considerando que a remoção deles é difícil porque são muito solúveis, eles modificam as características dos recursos naturais e dos seres vivos que habitam os ecossistemas, pois impedem a passagem da radiação solar, alterando a fotossíntese e sendo absorvidos pelos organismos. Para a saúde humana, como em regra são tóxicos, esses compostos além do forte odor exalado, se ingeridos ocasionam problemas que podem estar associados ao câncer de bexiga e do fígado (WUST, 2015, pp. 1-5).

Na perspectiva do algodão, existe uma empresa denominada Renewcell no qual desenvolve ideias inovadoras para que o algodão já utilizado anteriormente, sejam reutilizáveis em nova celulose biodegradável, fazendo portanto novas fibras, novos fios e portanto sejam capazes de confeccionar novas roupas a partir da matéria reutilizável.

O que autor José Carlos Barbieri chama de “paraíso de poluidores.” (Barbieri, p.8) locais acima explanados, de pouca proteção ambiental e também social, onde são instalados os polos industriais que buscam incessantemente o lucro desmedido, através da precarização da mão de obra e exploração desarranjada dos recursos naturais, são de igual modo locais que expõem a sociedade como um todo ao risco eminente de extinção dos recursos naturais.

Dessa forma, fica claro que as práticas relacionadas ao Dumping ambiental são insustentáveis e colidem frontalmente com o princípio da sustentabilidade objetivado na Constituição Federal.

Por outro lado, no tocante à responsabilidade do Poder Público vislumbra-se a necessidade de ele estar à frente a todo momento, das questões ambientais. Desse modo, é através do chamado Licenciamento Ambiental que se instrumentaliza a efetivação dos objetivos do desenvolvimento sustentável. Talden Farias (2013) conceitua o licenciamento ambiental como:

Processo administrativo complexo que tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem como objetivo assegurar a qualidade de vida da população por meio de um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente (FARIAS, 2013, p.26).

Portanto, é evidente a necessidade do Poder Público na atuação das práticas de Dumping Ambiental e Dumping Social por meio do Licenciamento Ambiental e por meio da atuação do Ministério Público e Magistrado na determinar sanções consideráveis aos agentes causadores da concorrência desleal.

4 A PROBLEMÁTICA DO DUMPING NO BRASIL E NO MUNDO

Diante de todas as questões envolvendo o fenômeno do Dumping, abrangendo todos os continentes do mundo, é de suma importância analisar os casos concretos e aspectos práticos da matéria, sobretudo, no que tange os casos no Brasil. Observa-se entretanto, que a jurisprudência bem como a atuação dos juízes ainda se mostra tímida, no combate das práticas ilegais.

Todavia, a primeira decisão relacionada ao Dumping social saiu da cidade de Iturama, pequena localidade do Triângulo Mineiro, no qual o próprio Juiz Alexandre Chibate Martins impôs a sanção de ofício e não a requerimento do ex-funcionário do Grupo JBS-Friboi. “Tal decisão fora baseada no retro citado enunciado nº 4, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.” (FROTA, 2015, p. 45-51).

Nesse sentido, sucedendo o caso pioneiro de Iturama, a jurisprudência brasileira vem atuando no sentido de combater as práticas, ainda que de forma acanhada. O egrégio TRT, partindo do primeiro caso emblemático, firma decisões que reconhece o Dumping Social e determina indenizações, mesmo que estas, não sejam suficientes para coibir tal prática:

REPARAÇÃO EM PECÚNIA: CARÁTER PEDAGÓGICO – DUMPING SOCIAL. CARACTERIZAÇÃO – Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização da mão de obra infantil e condições de laborinadequadas são algumas modalidades exemplificativas do denominado dumping social, favorecendo em última análise do lucro pelo incremento de vendas, inclusive de exportações, devido à quedados custos de produção nos quais encargos trabalhistas e sociais se acham inseridos. “As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal práticas desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante da concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido dumping social” (1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado n. 04). Nessa ordem de ideias, não deixam as empresas de praticá-lo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, quando infringem comezinhos direitos trabalhistas na tentativa de elevar a competitividade externa. “Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem derivada da redução do custo de mão de obra é injusta,

desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza” (LAFER, Celso – “Dumping Social”, in Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger, LTR, São Paulo, 1994, p. 162). Impossível afasta, nesse viés, a incidência do regramento vertido nos art. 186, 187 e 927 do Código Civil, a coibir – ainda que pedagogicamente – a utilização, pelo empreendimento econômico, de quaisquer métodos para a produção de bens, a coibir – evitando práticas nefastas futuras – o emprego de quaisquer meios necessários para sobrepujar concorrentes em detrimento da dignidade da pessoa humana (Acórdão do processo 00866-2009-063-03-00-3 (RO), Relator: JULIO BERNARDO DO CARMO, Data: 19/08/2009. Disponível em: www.trt3.jus.br Acesso em 09 de nov. 2020).

Ressalta-se ainda que o entendimento majoritário é no sentido de que só se faz cabível a indenização em casos em que a própria parte formula a reclamação, não mais de ofício conforme aduzido no primeiro caso.

Não obstante, nota-se que as grandes empresas têxteis se valem da terceirização dos serviços como forma de mascarar e ou precarizar os direitos básicos dos trabalhadores, e como consequência há o aumento dos lucros e o reforço do Dumping. São nessas empresas terceirizadas ou nas facções que trabalhos degradantes são desempenhados, até mesmo os análogos a escravo.

Tais terceirizadas são, muitas vezes, constituídas em nome de pessoas sem idoneidade econômica, existindo apenas no aspecto formal e ocultando o que de fato existe na realidade.

Além disso, elas não cumprem com suas obrigações trabalhistas e mesmo tendo que arcar com diversas reclamações, o grande tomador de serviço busca por um acordo que lhe assegure ainda grande vantagem. Dessa forma, tem-se que as práticas de dumping são estratégicas, vantajosas e sempre compensam ainda que haja tais casos de indenizações desrespeitando os princípios basilares do direito do trabalho como o da proteção do hipossuficiente.

5 CONCLUSÃO

De todo o exposto, temos que a indústria da moda é uma das maiores e mais importantes indústrias do mundo, que reflete, consideravelmente, no âmbito socioeconômico de inúmeros países ao redor do mundo. O segmento não apenas movimentava valores expressivos e envolve diversos ramos, tais como os setores de calçados, têxteis, de acessórios, cosméticos e artigos de luxo, mas também é responsável

por gerar milhões de empregos todos os anos.

No Brasil, o setor têxtil faz aumentar de forma importante o Produto Interno Bruto Brasileiro, a cada ano que passa, de forma que atualmente este representa 3,5% do PIB total brasileiro, sendo que de acordo com um dado da ABIT 2019⁶ a indústria têxtil e de Confeções é o segundo maior empregador da indústria de transformação. Ficando atrás da indústria de alimentos e de bebidas.

Não obstante, é o Brasil um dos poucos países a possuir uma cadeia de produção completa e complexa, isso porque o país é responsável por produzir desde a fibra natural, como o algodão e linho, a fibra química que compreende a viscose e o poliéster, até o processo da chegada ao consumidor final por meio das vendas, passando por toda confecção e processo de fiação tecelagem, malharia e beneficiamento.

Considerando tais dados expressivos, vislumbra-se a necessidade de desviar os olhares para as questões sustentáveis como um todo, de modo a abarcar, principalmente, as questões ambientais e sociais da matéria. A sustentabilidade na condição de princípio constitucional dispõe do objetivo de garantir um meio ambiente digno e saudável para as gerações, tanto do presente quanto, principalmente, do futuro.

É nesse sentido que se entende que tal sustentabilidade não apenas conserva o viés ecológico ou ambiental, mas sim outras dimensões que são responsáveis por construir e tornar o conceito de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável mais sólidos. Logo, fora abordado que existem outras três dimensões, tais como: econômica, ética e a jurídico-política.

É na dimensão ambiental e social que se chama a atenção para a problemática do Dumping, de forma que ambas se encontram interligadas, buscando a todo momento o mesmo fim: o lucro desmedido a qualquer custo por consequência de uma concorrência desleal, causando, portanto, um dano de espectro coletivo.

É um dano de natureza coletiva e de cunho social, a partir do desrespeito à legislação protetiva ambiental e trabalhista, uma vez que traz maiores problemas não apenas ao empregado, mas à toda sociedade no momento em que princípios como o da

⁶ Dados gerais do setor referentes a 2018 – atualizados em dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor>>. Acesso em: 12 de nov.2020.

dignidade da pessoa humana ou valor social do trabalho são violados, transgredindo toda uma ordem econômica.

Dito isso, está estabelecido na Constituição Federal acerca da responsabilidade do Poder Público, diante das questões ambientais e sociais, de modo que este tem o dever de defender a coletividade e preservar o meio ambiente para todas as gerações. No tocante à sustentabilidade e a efetivação do Desenvolvimento Sustentável, vale destacar o papel do Poder Público, no licenciamento ambiental.

É por meio do Licenciamento Ambiental que se tem um instrumento para controlar a efetivação do Desenvolvimento Sustentável e de todas as dimensões da sustentabilidade de toda atividade econômica que envolva a indústria da moda e cause impactos para o Meio Ambiente.

Sendo assim, junto ao Licenciamento Ambiental, deve haver uma atuação engajada, no Ministério Público, para que haja a proteção dos direitos do trabalhador, garantindo os direitos fundamentais previstos e a Legitimidade do Magistrado para impor condenações aos responsáveis pela prática de dumping social, além de um papel desempenhado com a finalidade de prevenir maiores práticas.

Por último e não menos importante, tem-se que a única solução não está tão somente em impor sanções às grandes empresas responsáveis pelo Dumping Social e Ambiental, como também ressalta-se a mister necessidade em adequar os meios de produção e de exploração do meio ambiente, para estar em acordo com os limites e necessidade do mesmo, respeitando um ambiente digno de trabalho, de forma que o lucro a qualquer custo não pode ser a bússola que oriente a indústria da moda, tampouco, a exploração excessiva da mão de obra.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos. **Competitividade internacional e normalização ambiental.**

Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/7686/6263> Acesso em: 10 de nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 17 de jun. de 2014.

_____. **Acórdão do processo 00866-2009-063-03-00-3 (RO)**, Relator: Júlio Bernardo

do Carmo, Data: 19/08/2009. Disponível em: www.trt3.jus.br Acesso em 09 de nov. 2020.

BARROS, Maria Carolina Mendonça de. **Antidumping e Protecionismo**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

BERTAGNOLLI, Ilana. Aplicação das medidas antidumping como intervenção do estado na economia. In: **Revista Direito & Inovação**. v.1. n.1. 2013.

Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233901452.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020. p. 139.

Dados gerais do setor referentes a 2018 – atualizados em dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor>. Acesso em: 09 set. 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região*. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 209-221, jan./jun. 2015.

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental**: aspectos teóricos e práticos. 4ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 26.

FERNANDEZ, Leandro. **Dumping social**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 85

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Lorena - **Direito e a Problemática da Ideologia Jurídica**. 2005. p.8

SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. **Direito ao desenvolvimento e à sustentabilidade ambiental**. Diálogos e conflitos no balizamento jurídico do desenvolvimento (sustentável). p.301.

FROTA, Paulo Mont'alverne. DUMPING SOCIAL – QUANDO O JUIZ DO TRABALHO COMBATE A CONCORRÊNCIA EMPRESARIAL DESLEAL. **Revista Eletrônica**, Rio Grande do Sul, n. 176, p. 45-51, jan. 2015. Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/77684/2015_frota_paulo_dumping_social.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 08 de nov. 2020.

FROTA, Paulo Mont`Alverne. O dumping social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal. **Revista LTr**, n. 78, v. 02, São Paulo, fev./2013.

GODEIRO, Cynthia Veras; PEGADO, Erika Araújo da Cunha: A importância das certificações ambientais para o comércio internacional: um diferencial de competitividade para as empresas exportadoras. In: **Revista Observatório em Comércio Exterior**. V.1. n.3. 2010. Disponível em:

< <http://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/comex/article/view/502>>. Acesso em: 04 novembro 2020.

LIMA, Patrícia Nunes. **Certificações Ambientais e comércio internacional**. 2001.

Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79433>
. Acesso em: 9 nov. 2020.

LOBO, Paulo Nicholas. **O meio ambiente dentro do comércio internacional: uma análise do dumping ambiental**. [s. L.], p. 188-189, 1 jan. 2014. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/110> . Acesso em: 10 nov. 2020.

MAIOR, José Luiz Souto; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping Social nas Relações de Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 21.

OLIVEIRA, José Anselmo. Sustentabilidade como paradigma do direito na pós-modernidade - **Revista da Esmese**, n. 17, 2012.

RITTER, Giane da Silva. **Formas de combater práticas de dumping social e ambiental: um olhar sob a luz da sustentabilidade nas suas diversas faces**. 2014. 72 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Maria Centro de Ciências Sociais e Humanas, Santa Maria, 2014.

SANTOS, Roberta Dias Sisson. **Autossustentável, as dimensões da sustentabilidade**, 2011. P 14.

SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. Direito ao desenvolvimento e à sustentabilidade ambiental. Diálogos e conflitos no balizamento jurídico do desenvolvimento (sustentável). In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira (org.); ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (org.); SILVA, Rosane Leal da (org). **Direitos emergentes na sociedade global. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM**. Ijuí: Editora Ijuí, 2013. Pág. 292 - 319

SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. Direito ao desenvolvimento e à sustentabilidade ambiental. **Diálogos e conflitos no balizamento jurídico do desenvolvimento (sustentável)**. p. 301.

WÜST, Caroline *et al.* **INDÚSTRIA TÊXTIL: SUSTENTABILIDADE, IMPACTOS E MINIMIZAÇÃO. VI Congresso Brasileiro de Gestão Ambiental**, Porto Alegre, p. 1-5, 23 nov. 2015. Disponível em: <https://www.ibeas.org.br/congresso/Trabalhos2015/V-029.pdf> Acesso em 09 de nov de 2020.

ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO: A REFORMA TRABALHISTA CONTRAPOSTA À USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Emyli Hapuque Miranda Silva¹

Marcelo Maurício da Silva²

RESUMO

O artigo discorreu sobre a extensão da conduta ativista adotada pela Justiça do Trabalho, especialmente o Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista a superveniência da vigência da Reforma Trabalhista, em 2017, a qual foi alvo de discussão sobre o seu aparente caráter de contenção ao ativismo judicial praticado no âmbito trabalhista. Assim, utilizando-se do método dedutivo e da pesquisa qualitativa, além de conceituar o ativismo judicial, demonstrar a sua materialização na Justiça do Trabalho, investigar a conduta ativista na jurisprudência do TST e analisar as suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro, buscou-se verificar se a supracitada lei realmente visou restringir a prática ativista da Justiça do Trabalho. Diante disso, foi possível concluir que o ativismo judicial tem íntima vinculação com o moralismo, o sentimento pessoal de justiça de cada magistrado e o seu envolvimento com a política, ocorrendo na Justiça do Trabalho a partir dos excessos do TST em suprir as lacunas da legislação trabalhista e atuar usurpando a sua competência, conforme verificado na análise jurisprudencial. Como resultados, constatou-se que a Reforma Trabalhista objetivou restringir o ativismo judicial do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, apesar de não ter sido suficiente para contê-lo, o que gerou o aumento da resistência do referido Tribunal à nova lei, da insegurança jurídica e do conflito entre os Três Poderes da República.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Justiça do trabalho. Reforma trabalhista.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: emyli.h4@gmail.com

² Professor Orientador do Curso Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: marcelomauricio@unirn.edu.br

JUDICIAL ACTIVISM IN THE LABOR JUSTICE: THE LABOR REFORM AGAINST THE USURPATION OF COMPETENCE

ABSTRACT

The article discussed about extension of activist conduct adopted by the Labor Justice, especially the Labor Court, in view of the supervenience of the Labor Reform in 2017, which was the subject of discussion about its apparent containment feature to the judicial activism practiced in the labor scope. Thus, using the deductive method and qualitative research, in addition to conceptualizing judicial activism, demonstrating its materialization in the Labor Justice, investigating the activist conduct in the Labor Court jurisprudence and analyzing his consequences in the Brazilian legal system, sought verify if the aforementioned law really aimed to restrict the activist practice of Labor Justice. Therefore, it was possible to conclude that judicial activism is closely linked to the moralism, the personal feeling of justice of each magistrate and their involvement with politics, occurring in the Labor Justice based on the excesses of the Labor Court in filling the gaps in legislation labor and usurping its competence, as verified in the jurisprudential analysis. As a result, it was found that the Labor Reform aimed to restrict the judicial activism of the top of the Labor Justice, although it was not enough to contain it, which generated the increased resistance of the referred Court to the new law, from legal uncertainty and conflict between the Three Powers of the Republic.

Keywords: Judicial activism. Labor Justice. Labor Reform.

1 INTRODUÇÃO

Há décadas, o ativismo judicial é alvo de discussão em vários países, tendo o assunto chegado ao Brasil e se estendido também ao Poder Judiciário brasileiro. Com o passar dos anos e o crescimento dos debates sobre a matéria, a prática ativista da Justiça do Trabalho – especialmente do Tribunal Superior do Trabalho – sempre chamou atenção, considerando a habitualidade do comportamento proativo do TST na tomada de decisões e na elaboração do seu entendimento jurisprudencial.

Diante disso, após a vigência da Lei 13.467/17, denominada de Reforma Trabalhista, torna-se necessária a análise sobre a conduta ativista adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que os Poderes Legislativo e Executivo, na edição da nova norma, aparentemente possuíram o escopo de realizar a contenção do ativismo judicial praticado pela Justiça do Trabalho a partir de várias mudanças legislativas estratégicas, especialmente mediante a inclusão do §2º no art. 8º da CLT.

Em razão disso, a pergunta-problema consistiu em questionar se a Lei 13.467/17 efetivamente atuou como um freio ao ativismo judicial da Justiça do Trabalho. Assim, o presente estudo abordou o assunto adotando o método dedutivo, partindo do geral para o particular e, por intermédio de uma pesquisa explicativa e qualitativa, utilizou leis, princípios e a doutrina para examinar a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, bem como o seu comportamento diante das modificações legislativas trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017.

Como objetivo geral, buscou-se analisar a extensão do ativismo judicial praticado pela Justiça do Trabalho, especificamente pelo Tribunal Superior do Trabalho, após a superveniência da vigência da Lei 13.467/17, verificando se a referida lei visou restringir a prática ativista. Como objetivos específicos, procurou conceituar o ativismo judicial, além de demonstrar a forma de sua ocorrência na Justiça do trabalho, examinar a extensão da conduta ativista na jurisprudência do TST e versar sobre as consequências da sua prática no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto posto, o presente artigo se propôs a investigar se a Reforma Trabalhista pretendeu restringir a característica intrínseca da Justiça do Trabalho, isto é, de se constituir em uma Justiça essencialmente ativista, usurpando a delimitação constitucional de competência imposta ao Poder Judiciário. Ademais, também buscou compreender as consequências da continuidade da conduta ativista, após a nova norma editada pelos Poderes Legislativo e Executivo.

2 ATIVISMO JUDICIAL: DO QUE SE TRATA?

A expressão “ativismo judicial”, embora formada apenas pela junção de duas palavras corriqueiras, foi utilizada pela primeira vez por um historiador e biógrafo chamado Arthur M. Schlesinger Jr. – ganhador do prêmio Pulitzer duas vezes –, em seu

artigo escrito para a revista norte-americana *Fortune*, intitulado de *The Supreme Court:1947* (ASSIS, 2011, p. 145 – 146).

Na ocasião, o historiador se dispôs a fazer uma breve análise das decisões proferidas pelos juízes da Suprema Corte Americana e, ao estudar as posições adotadas por cada magistrado, identificou duas fortes vertentes: enquanto uns, adeptos da autocontenção, aplicavam fielmente a Constituição, em respeito à democracia – *judicial self-restraint* –, outros, ativistas, baseavam-se em suas concepções pessoais e ideológicas, com ânsia de alcançar a justiça social – *judicial activism* (ASSIS, 2011, p. 146).

Entretanto, não obstante a utilização da expressão e o relato do que identificou em suas análises e críticas, Schlesinger não conceituou o termo, deixando sua aplicação restrita aos resultados apresentados em seu artigo. Logo, um tempo depois, quando a expressão foi introduzida nos debates jurídicos, sua indefinição nebulosa gerou um limbo de especulações sobre o real conceito pensado pelo historiador.

Posteriormente, o debate ultrapassou as fronteiras norte-americanas e, ainda hoje, após várias décadas, a vagueza do termo promove discussões polêmicas sobre as decisões judiciais, que vêm sendo cada vez mais recorrentes e relevantes também no Brasil, visto que é um Estado Democrático de Direito, possui a Tripartição de Poderes como um princípio fundamental e costuma vivenciar diversas crises políticas e conflitos que geram insegurança jurídica.

Quanto a isso, Streck (2013, s.p.) ressalta que “de todo modo – e isso precisa ficar bem claro –, apenas diante da consagração de uma efetiva jurisdição constitucional é que se pode falar no problema dos ativismos judiciais”. Por isso, para delimitar e estabelecer o que vem a ser o ativismo judicial e suas repercussões, deve ser levada em consideração a organização jurídica do país, bem como o controle de constitucionalidade adotado e os limites previstos na Constituição.

Ocorre que o Brasil adota um sistema de controle de constitucionalidade em que o Poder Judiciário detém uma competência técnica de conhecimento, apesar de ter sido muito influenciado pelo sistema americano e europeu. Assim, soluciona conflitos sociais com base na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, sempre aplicando o Direito previsto em lei ao caso a ser solucionado, sem ser esperada nenhuma conduta criativa quanto à aplicação do Direito, reservados os meios hermenêuticos e constitucionais de interpretação (BARROSO, 2015, p. 445).

Isto se deve à evolução histórica do sistema constitucional brasileiro, na qual cada uma de suas experiências constitucionais sofreu várias mudanças e otimizações, em que somente após o período da Ditadura Militar e da concentração de poder, o advento da Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios sólidos e basilares de organização do Estado, assegurando o Brasil como um Estado Democrático de Direito, com os três Poderes bem definidos e independentes entre si (BRASIL, 1988).

Concernente a isso, afirma Novelino (2013, p. 358) que

A independência entre eles [os Poderes] tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A harmonia se exterioriza no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.

Em razão disso, o Brasil adota o sistema de controle de constitucionalidade misto, ou seja, jurisdicional e político, em que os três Poderes exercem controle em âmbitos diferentes: enquanto o controle preventivo é puramente político, exercido pelo Legislativo e Executivo, o controle Repressivo tanto é político quanto Judiciário. Por isso, quando um Poder adentra nos limites da função do outro, tem-se a usurpação da competência e, tratando-se do Poder Judiciário, recebe a denominação de ativismo judicial.

No Brasil, é mais previsível que a usurpação da competência ocorra no Poder Judiciário, especialmente no Supremo Tribunal Federal, devido ao país ter sido afetado pelo fenômeno mundial da judicialização, em que o poder para resolver divergências políticas e sociais é concentrado no Judiciário, suplantando as instâncias políticas tradicionais, como o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2009, p. 12).

Não obstante, somente a usurpação de competência não é suficiente para definir o ativismo judicial no Brasil, pois o fenômeno também ocorre em outras situações, quando o Judiciário, por exemplo, apesar de não adentrar nos outros Poderes, também não atua dentro dos limites previstos.

Além disso, há uma linha tênue entre o exercício do controle de constitucionalidade – atribuído ao Poder Judiciário pela Constituição Federal – e o apoderamento, pelo Poder Judiciário, de funções próprias dos outros Poderes.³

Para alguns autores norte-americanos, como Baum, o ativismo judicial possui um conceito amplo e “engloba praticamente todos os casos de declaração de inconstitucionalidade de leis e, inclusive, interpretação da lei sem a declaração de inconstitucionalidade” (BAUM *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 10). A expressão contempla qualquer atividade revisional do Poder Judiciário que divirja das ações já realizadas pelos outros Poderes.

Por outro lado, Giotti adota um posicionamento contrário à percepção defendida por Baum e critica tal ponto de vista por considerar que este “engloba casos que não poderiam ser chamados de ativismo e deixa de fora outras modalidades que o são” (GIOTTI *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 11). No cenário brasileiro, em que o país é organizado juridicamente com base no *civil law* e possui um sistema constitucional bem organizado, como citado anteriormente, a crítica de Giotti se torna palpável e contundente.

Ademais, Tassinari afirma que o controle de constitucionalidade e o ativismo judicial são questões distintas, pois este possui características singulares, como o “forte apelo para a supremacia do Judiciário; e reivindicação de competências, que, a priori, não seriam de plano reconhecidas” (TASSINARI *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 16). Isto é, o que distinguiria o controle de constitucionalidade do ativismo seria a clara usurpação de competência, em que o Judiciário passaria a atuar em esferas não previstas na Constituição Federal.

Já na concepção de Mendes e Abboud (2019, p. 3), o ativismo judicial

[...] trata-se da suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição e leis), que dão lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem estiver julgando. É a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo.

³ Para Barroso (2009, p. 12), a judicialização consiste no fato de órgãos do Poder Judiciário decidirem sobre questões de grande repercussão política ou social, em detrimento do Congresso Nacional e do Presidente da República; “[...] envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”. Deste modo, o problema do apoderamento das funções próprias de outros Poderes não consiste em negar ao Judiciário a possibilidade de decidir sobre questões políticas – pois ele também integra o Poder Público e o Estado –, mas em reconhecer que ele não pode tomar para si as questões de competência dos Poderes tradicionalmente políticos, isto é, eleitos pelo povo – Executivo e Legislativo.

Por esta visão, mais adaptada à realidade brasileira, o ativismo judicial ocorre quando o Judiciário se distancia do ordenamento jurídico já consolidado democraticamente e passa a proferir decisões baseadas em seus posicionamentos políticos e ideológicos, na tentativa de substituir as leis vigentes pelo o que o julgador entende que seria o mais correto e justo.

Em contrapartida, Capeletti (*apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 16 – 17) prefere entender o ativismo judicial como um fenômeno criativo do Poder Judiciário, inevitável e até mesmo necessário, mesmo que tal atividade criativa seja conflitante com o Legislativo e o Executivo, pois encara estes dois Poderes como gigantes da Administração e, por esta razão, defende que o Judiciário deve também estar à altura, como um “terceiro gigante”.

No entanto, apesar da origem do termo e de toda a discussão sobre o seu significado se desdobrar em torno da Suprema Corte norte-americana e, atualmente, dos outros países, o fenômeno é passível de ocorrer em todo o Judiciário. Mesmo no Brasil, com órgãos judiciais estruturados por diferentes competências e graus de jurisdição, as instâncias inferiores não ficam imunes à usurpação da competência, ainda que não exerçam diretamente o controle de constitucionalidade e, assim, não sejam passíveis de ultrapassar seus limites.

Isto se dá porque, segundo Bandow (*apud* MENDES, 2019, p. 2), o ativismo consiste em “uma questão relativa aos limites da interpretação da Constituição”. Logo, trata-se de um tema que vai além do controle de constitucionalidade e diz respeito à forma de aplicação das leis, razão pela qual o fenômeno é passível de se estender a todo o Poder Judiciário, tendo em vista a sua plena submissão aos ditames da Constituição Federal.

Isto posto, o fenômeno possui íntima relação com os limites da capacidade criativa do juiz – exercida ao interpretar a letra da lei e conceder-lhe um sentido diferente do que já vinha sendo aplicado – e é responsável por disfarçar a “filosofia da consciência”. Esta diz respeito ao pensamento defendido por muitos magistrados brasileiros, que acreditam ser legítimo utilizar apenas o compromisso com sua própria consciência como fundamento das decisões (STRECK, 2013, s.p.).

Por isso, em síntese, é plausível afirmar que o ativismo judicial se trata de um fenômeno jurídico-político, que possui relação direta com o controle de constitucionalidade, os limites da atuação criadora do juiz na interpretação da lei e o

excesso de atuação no preenchimento de lacunas para a promoção de direitos. Assim, configura-se quando o juiz usurpa a sua competência e ultrapassa as atribuições previstas na Constituição Federal, com o intuito de obter justiça social por sua própria consciência, apesar da lei.

2.1 ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Após a Emenda Constitucional nº 45/04, a Constituição Federal passou a dispor, em seu art. 92, §2º, que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional (BRASIL, 2004). Por causa disso, dentre os órgãos que integram o Poder Judiciário, as decisões dos supracitados Tribunais possuem maior relevância e repercussão nacional, sendo também mais controlados e questionados pela população sobre as decisões tomadas em dissonância com os limites de atuação constitucionalmente previstos.

Diante de toda a discussão sobre os limites da atuação dos juízes e da ocorrência do ativismo judicial no Brasil, exsurge a figura da renomada Justiça do Trabalho, a qual, em sua essência, possui uma atuação ativista. Sendo o Tribunal Superior do Trabalho o órgão judicial de cúpula do âmbito trabalhista, detém competência para editar súmulas e firmar entendimentos norteadores da resolução dos conflitos trabalhistas, razão pela qual se torna mais vulnerável a incorrer em uma conduta inovadora e modificadora do Direito positivado.

Ocorre que o âmbito trabalhista possui um grande histórico de normas lacunosas e leis que não abrangem todas as possibilidades de relações trabalhistas, o que gera a incumbência à Justiça do Trabalho de decidir as questões tomando por base as fontes do Direito e os princípios constitucionais e trabalhistas que regem o ordenamento jurídico, buscando efetivar os direitos dos trabalhadores e dos seus empregadores.

Como fundamento para a proteção dos trabalhadores, utiliza-se do Direito Tutelar do Trabalho, o qual, sendo um ramo do Direito Individual do Trabalho, possui o escopo de amparar os empregados e resguardá-los dos danos sofridos. Isto se dá com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, garantia prevista constitucionalmente e basilar das relações de emprego das sociedades civilizadas e democraticamente organizadas, como o cenário do Brasil.

No entanto, a preservação do trabalhador enquanto sujeito hipossuficiente da relação trabalhista encontra muitos óbices na própria legislação, devido às lacunas já citadas e à necessária atividade da Justiça do Trabalho de criar súmulas e estabelecer uma jurisprudência consolidada. Muitas vezes, a enxurrada jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho precisou inovar tanto, que criou direitos, modificou-os e até dificultou a proteção que tanto almejava, suscitando questionamentos sobre os limites de sua atuação.

Quanto à atividade jurisprudencial desenvolvida pelo Poder Judiciário, afirma Reale (2002, p. 169) que

[...] Em tese, os tribunais são chamados a aplicar a lei e a revelar o Direito sempre através da lei. Há oportunidades, entretanto, em que o trabalho jurisprudencial vai tão longe que, de certa forma, a lei adquire sentido bem diverso do originalmente querido.

E a Justiça do Trabalho, pelas razões já citadas, tende a adotar sentidos diversos habitualmente. Como exemplo de uma atuação polêmica e alvo de acusações sobre incorrer em uma conduta ativista, tem-se a modificação radical da redação da Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho, ocorrida em 2012. Pela redação anterior, as condições de trabalho advindas de sentença normativa integravam o contrato de trabalho individual apenas por prazo determinado, porém, a nova redação passou a admitir o oposto, permitindo a supressão somente mediante negociação coletiva (TST, 2012).

A mudança drástica de uma súmula, enquanto complemento da norma legal, afeta diretamente as conquistas do trabalhador e o quanto o seu empregador estará disposto a oferecer benefícios e assumir mais riscos em seu favor. Por isso, inovações e posicionamentos radicalmente contrários aumentam os questionamentos sobre a ocorrência de ativismo judicial na Justiça do Trabalho e suas consequências, tendo em vista que a segurança jurídica também é um requisito para a preservação dos direitos trabalhistas (PEDUZZI, 2015, p. 801 e 808).

Em razão disso, na visão de Coutinho e Filho (*apud* ASSIS, 2011, p. 185), o ativismo judicial na esfera trabalhista se configura quando o Poder Judiciário adota uma postura criativa e, mediante a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais, elabora novas regras jurídicas. Tal conduta representaria a usurpação da competência que tipicamente cabe ao Poder Legislativo, de natureza consagradamente política.

Ademais, o fenômeno ativista também se materializa quando o Tribunal Superior do Trabalho relativiza os precedentes já consolidados e pauta suas decisões no sentimento de justiça social, buscando resguardar o trabalhador mesmo nos casos em que nem a própria jurisprudência trabalhista já consolidada lhe proporciona benefícios, criando margem para novos precedentes.

Quanto a isso, em palestra ao 20º Curso de Formação Inicial, desenvolvido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat), em 2016, Peduzzi destacou que as “mudanças constantes decorrentes de uma postura judicial ativista podem trazer incertezas prejudiciais às relações obrigacionais e ao próprio convívio social” (MAUX, 2016). Assim, as consequências impactam não somente o ordenamento jurídico, mas toda a sociedade.

Em contrapartida, no fim de 2016, o Poder Executivo propôs um Projeto de Lei que, além de inovar a legislação trabalhista, visava conter a atividade legiferante desempenhada pela Justiça do Trabalho. Após tramitação no Poder Legislativo, no ano seguinte, foi sancionado como a Lei 13.467/17, a qual ficou conhecida como a Reforma Trabalhista; a partir de então, imaginava-se que o ativismo judicial presente em excesso no âmbito trabalhista seria refreado, limitação explícita que foi alvo de grandes discórdias.

Em outros termos, a postura ativista dos magistrados trabalhistas ensejou uma reação dos demais Poderes, que não somente instauraram um embate ideológico contra o Judiciário, como também estabeleceram medidas flexibilizadoras com o intuito de reduzir significativamente a atuação da Justiça do Trabalho, mediante a explícita intimidação intrínseca à nova lei.

3 A REFORMA TRABALHISTA COMO REAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL: A NOVA POSTURA INTERPRETATIVA DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A promulgação da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe grandes modificações para a legislação trabalhista. Sob a justificativa da necessidade de flexibilização do mercado de trabalho, além da simplificação e modernização das relações de emprego, especialmente a Consolidação das Leis do Trabalho teve grandes aspectos alterados, o que suscitou discussões sobre os prováveis impactos gerados a longo prazo (SENADO FEDERAL, 2019).

Destarte, a celeuma se deu porque a Reforma Trabalhista trouxe inúmeras medidas flexibilizadoras, permitindo o fracionamento das férias em três períodos, tornando mais flexível o limite máximo da jornada de trabalho – mediante a possibilidade de adoção do regime de 12 horas de trabalho seguidas de 36 horas de descanso –, autorizando a redução do intervalo intrajornada para o mínimo de 30 minutos, desde que mediante negociação coletiva, dentre outras medidas.

Ainda, cabe ressaltar que uma das mais polêmicas inovações trazidas pela norma foi a prevalência dos acordos celebrados em negociação coletiva em detrimento do texto legal, ressalvados os direitos mínimos previstos em lei. Consequentemente, surgiu o embate de posicionamentos divergentes sobre o real caráter prático da norma, discutindo se sua proposta flexibilizadora não seria uma privação dos direitos já conquistados pelos trabalhadores e, assim, inconstitucional.

No entanto, a única ideia que aparenta ser consensual entre os seus defensores e opositores é a de que a Reforma Trabalhista emergiu como uma reação ao ativismo judicial praticado pela Justiça Trabalho, tendo em vista as mudanças ocorridas no art. 8º da CLT: além da previsão legal de que o direito comum passou a ser considerado uma fonte subsidiária do Direito do Trabalho, houve a inclusão de mais dois parágrafos no referido artigo (BRASIL, 2017).

Contudo, o que causou toda a discussão foi o §2º do art. 8º, CLT, o qual dispõe que: “súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei” (BRASIL, 1943). Isto é, por previsão legal, a Justiça do Trabalho ficou adstrita a formular sua jurisprudência somente de forma interpretativa, sem maiores inovações legislativas.

Certamente, ao privilegiar a autonomia da vontade das partes e as medidas flexibilizadoras, mitigou-se a necessidade de provocação da Justiça em vários aspectos, porquanto a mesma lei que visou desafogar a alta demanda processual também objetivou conter o ativismo do julgador. Logo, a solução de questões pela via negocial extrajudicial despontou como uma intimidação à Justiça do Trabalho, na medida em que a substituiu por outras alternativas e restringiu sua atuação.

Diante disso, Rillo (2018, p. 219) defende que a restrição imposta pela Reforma pode gerar prejuízos ao trabalhador, visto que os Tribunais poderão ficar reprimidos de exercer a sua função intervencionista e, assim, impossibilitados de proferir decisões

contrárias à lei, embora benéficas ao réu. Consequentemente, os trabalhadores poderão passar a sofrer os danos de comumente verem seus direitos materiais violados – além de suas demandas trabalhistas frustradas –, sem que haja a possibilidade de recorrer à postura proativa dos Tribunais.

Todavia, como bem destaca Cassar (2018, p. 130), apesar de a beleza do Direito ser vislumbrada nas diversas possibilidades interpretativas, a interpretação da legislação trabalhista deve ser realizada de forma a considerar o ordenamento jurídico como um todo. Em outros termos, embora o juiz, enquanto operador do direito e aplicador da lei, possua liberdade para interpretar, além de se ater a princípios básicos, também deve observar todo o conjunto normativo.

Na interpretação das normas trabalhistas, como bem salienta Maranhão (*apud* CASSAR, 2018, p. 130), nem sempre o trabalhador será beneficiado, como se fosse uma praxe judicial obrigatória:

Não é verdadeiro que, na dúvida deva sempre o juiz interpretá-las em sentido favorável ao trabalhador. Uma norma não se interpreta isoladamente, mas em função do sistema que integra e do fim social a que se dirige. A valoração sistemática da norma e o propósito a que se destina podem revelar-lhe um sentido contrário à pretensão do empregado, no caso a ser decidido.

Logo, o conflito trabalhista levado a juízo, embora estabelecido entre dois polos com interesses contrapostos e considerando o empregado como parte hipossuficiente, precisa ser analisado sob a perspectiva de que ambos são sujeitos de direitos. Desse modo, não é admitido que os magistrados criem novos direitos – contrários à lei ou afora dela – a partir dos seus poderes de editar súmulas, pois agem pautados estritamente no desejo de beneficiar uma ou outra parte a qualquer custo.

Foi exatamente este tipo de conduta que a Reforma Trabalhista passou a combater, pois ficou perceptível o quanto os magistrados atuantes na esfera trabalhista estavam adotando posturas exacerbadamente proativas. E, embora seja notório que o juiz não está restrito a adotar determinado modo interpretativo, seu poder criativo deve se limitar à interpretação, de modo que não incida numa conduta ativista.

Por isso, Dworkin (1999, p. 451 – 452), apesar de defender uma postura criativa dos juízes, característica notável do Juiz Hércules – modelo ideal de magistrado –, não coaduna com a ideia ativista, pois considera que ativismo e criatividade são atos distintos. Para ele, “um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua

promulgação [...] para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

Sendo assim, é certo que, até determinado limite, a interpretação da norma pode se pautar numa visão subjetiva, mas o novo §2º do art. 8º da CLT pretendeu limitar tal subjetividade interpretativa ao que está expressamente previsto em lei. Isto é, embora movido por boas intenções, a atuação do magistrado possui limites – como os que a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais impõem –, tendo sido estes expressamente reiterados pela Reforma Trabalhista de 2017.

Neste sentido, apesar de Rillo (2018, p. 219) entender que o referido parágrafo segundo seja inconstitucional, por defender que o Poder Judiciário – enquanto ator na defesa do Regime Democrático – não pode sofrer limitação na sua competência de elaborar jurisprudências e enunciados, também assume que a análise do caso concreto é necessária, de modo a evitar excessos e, assim, riscos à razoabilidade, à independência e à justiça; em outras palavras: a temida insegurança jurídica.

Por causa disso, Peduzzi prega o “minimalismo judicial”, uma tese do norte-americano Cass Sunstein, que defende uma limitação institucional dos poderes dos magistrados. Esta ideia representa uma oposição ao ativismo judicial, pois alega que o Judiciário deve renunciar os debates sobre os rudimentos morais da vida pública ao Poder Legislativo, possuindo a tarefa de tão somente preservar as condições dessas discussões públicas (LADEIRA *apud* PEDUZZI, 2015, p. 803 – 804).

Logo, a defesa da democracia seria de fato efetivada com a real harmonia entre os Poderes, visto que, estando o Judiciário exercendo as funções que lhes são atribuídas pela Constituição, as questões políticas ficariam restritas ao Executivo e, principalmente, ao Legislativo, ambos democraticamente eleitos pelo povo para exercerem suas atividades na seara política.

Pois, como bem mencionado por Amorim et al. (2019, s.p.), no tocante à relação entre a autonomia do Direito e o ativismo judicial:

[...] Vale lembrar que é a partir da utilização da moral, economia e política como elementos de correção do Direito que se abre espaço para o afastamento das regras e princípios e utilização da discricionariedade nas decisões judiciais, que surgem fundamentadas na vontade, no desejo e na consciência do magistrado.

Isto posto, a usurpação do Judiciário em questões morais sobre as normas já estabelecidas, junto à decisão de afastá-las ou alterá-las segundo sua vontade livre não

corroboram com seu papel intrínseco de guardião da Constituição, pois estaria adotando uma postura totalmente contrária aos ditames constitucionais – balizadores do ordenamento jurídico e do funcionamento da máquina pública como um todo, afetando também toda a sociedade.

Por isso que “o ativismo judicial encampa em si um problema de hermenêutica, trazendo para o debate o problema de como se deve aplicar o direito” (AMORIM ET AL., 2019, s.p.). Na Justiça do Trabalho, porém, a Reforma Trabalhista buscou delimitar melhor como deve ser feita tal aplicação, à medida em que buscou suprimir a criação e a restrição de direitos a partir da jurisprudência dos Tribunais, prática habitual até então.

Todavia, não obstante a tentativa de limitar o ativismo judicial na esfera trabalhista, é primordial que se faça uma análise dos efeitos práticos da Reforma, posto que, no dia a dia de resoluções em cada caso concreto, o que sobressai é a atuação dos juízes e suas respectivas linhas de interpretação. Ou seja, da mesma forma que, antes, o ativismo judicial se confundia com questões morais ou públicas, após a mudança, deve-se investigar se a prática realmente foi limitada ou apenas mudou de aparência.

3.1 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO APÓS A LIMITAÇÃO IMPOSTA PELA REFORMA TRABALHISTA

Certamente, a Lei 13.467/17 trouxe inúmeras disposições contrárias à jurisprudência já consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual, em termos práticos, tornou-se mais dependente do Supremo Tribunal Federal para poder decidir sobre a aplicabilidade de seus entendimentos jurisprudenciais aos processos em curso, tendo em vista a superveniência dos ditames adversos da Reforma Trabalhista.

Quanto a isso, com fundamento no art. 6º da LINDB – que determina o efeito imediato da lei em vigor, desde que respeitados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido –, Rocha, Ferreira e Boucinhas Filho (2020, p. 17) defendem a aplicação imediata das alterações processuais trazidas pela Reforma Trabalhista aos processos em curso, desde que não prejudiquem a prestação jurisdicional e o direito material das partes.

Em relação ao direito material, porém, os autores adotam posicionamento distinto, sustentando que a Lei 13.467/17 é inaplicável aos contratos de trabalho celebrados antes da sua vigência, “em respeito ao princípio da vedação da decisão

surpresa (artigo 10 do CPC) e aos princípios constitucionais da segurança jurídica, inalterabilidade lesiva do contrato de emprego e do devido processo legal”, somente sendo admitida a aplicação integral da norma aos processos trabalhistas ajuizados após a vigência da Reforma (ROCHA; FERREIRA; BOUCINHAS FILHO, 2020, p. 23 – 24).

Entretanto, no julgamento de um recurso de revista, a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento de que a Lei 13.467/17 deve prevalecer sobre a jurisprudência já consolidada, se esta houver sido instituída apenas com base em princípios, isto é, sem fundamento expressamente previsto em lei. Neste sentido, o TST afastou a aplicabilidade de um precedente da sua Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SDI-1 (TST, 2020-A).

Na análise do referido recurso, interposto por um empregado contra seu empregador, pleiteando indenização por danos morais em virtude do uso de uniforme com logomarca de fornecedores, o Relator utilizou um precedente consolidado como fundamento, votando pela condenação da empresa. Porém, a maioria acompanhou o voto divergente do Ministro Ives Gandra, o qual, com fulcro na licitude da inclusão de logomarcas nos uniformes, prevista no art. 456-A da CLT (incluído pela Lei 13.467/17), afastou o precedente já consolidado, alegando que:

DANO MORAL – USO DE LOGOMARCA – SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA SBDI-1 DO TST PELA REFORMA TRABALHISTA – OFENSA AO ART. 5º, X, DA CF NÃO CONFIGURADA – APLICAÇÃO DO ART. 456-A DA CLT – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO FRENTE À LEI 13.467/17 – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

[...] 2. A jurisprudência majoritária da SBDI-1 do TST segue no sentido de que o uso não autorizado pelo empregado, de logomarca de patrocinador da empresa no seu uniforme de trabalho, ainda que não lhe atinja a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, impõe indenização por danos morais, nos termos do art. 5º, X, da CF e da Súmula 403 do STJ, em face dos fins econômicos explorados pelo empregador com a inserção dessas marcas.

3. Ora, o bem da vida tutelado pelo inciso X do art. 5º da CF é a inviolabilidade da imagem pessoal, enquanto a ação lesiva tratada na Súmula 403 do STJ é a publicação indevida dessa imagem para fins comerciais. Assim, a existência de logomarca de apoiador ou patrocinador da empresa no uniforme de seus empregados, se não for ofensiva ou constrangedora pela natureza do produto divulgado, não pode ser tida como causadora de dano moral ao trabalhador, já que não viola sua imagem, honra ou respeitabilidade.

[...] 5. Diante da nítida manifestação de ativismo judicial estampada na referida jurisprudência criadora de direito, em detrimento do princípio republicano e democrático da separação dos Poderes do Estado, a Lei 13.467/17 veio a deixar claro, em relação à temática, que “cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada” (CLT, art. 456-A) [...] (TST, 2020-B).

No acórdão, o Redator ainda sustentou que a fundamentação levantada pelo Relator vencido, calcada no princípio da irretroatividade da lei, implica a existência de direito adquirido a uma indenização presumida. Em contrapartida, argumentou que o direito adquirido diz respeito ao confronto entre lei antiga e lei nova, não se configurando em relação ao confronto entre jurisprudência pacificada e lei nova, como no caso em questão (TST, 2020-B, p. 10).

Já no julgamento de outro recurso de revista, interposto pela Magazine Luiza, a 4ª Turma do TST reformou a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, o qual havia anulado um contrato de trabalho intermitente sob a alegação de que a referida modalidade de emprego somente poderia ser adotada em casos excepcionais e apenas para suprir as demandas das pequenas empresas, não podendo substituir os postos de emprego regulares.

Na ocasião, a 4ª Turma entendeu que a decisão proferida pelo TRT-3 divergia do disposto nos arts. 443, §3º e 452-A da CLT, pois, ao reformar a decisão da instância inferior e criar exigências além das previstas na literalidade do texto legal, feriu o princípio da legalidade estabelecido no art. 5º, II, CF. Assim, o acórdão do TST determinou a reforma da decisão do referido Tribunal Regional, para que fosse restabelecida a sentença de improcedência proferida pela instância de primeiro grau (TST, 2020-C, p. 11).

Porém, após a Reforma trabalhista entrar em vigor, não houve apenas decisões em conformidade com a nova norma, pois o TST também adotou posicionamentos polêmicos. Em meados do presente ano, o Tribunal formou maioria visando declarar a inconstitucionalidade do índice de correção de créditos trabalhistas previsto na CLT (incluído pela Lei 13.467/17), substituindo a Taxa Referencial (TR) pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Poucos dias depois, em decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo deferiu o pedido liminar feito na Ação Direta de Constitucionalidade 58, sobrestando a tramitação de todas as demandas trabalhistas em curso envolvendo o supracitado índice, isto é, referentes à aplicação dos arts. 879, §7º, e 899, §4º, da CLT (redação trazida pela Lei nº 13.467/2017) e do art. 39, caput e §1º da Lei 8.177/91 (STF, 2020).

Ocorre que, em 2015, com base no entendimento do STF firmado em julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade – determinando a correção para

pagamento de precatórios pelo IPCA-E –, o TST declarou a inconstitucionalidade da sentença "equivalentes à TRD", presente no art. 39 da Lei 8.177/91 (TST, 2015). Além disso, já em 2017, ao acompanhar a linha de raciocínio do Supremo na aplicação do IPCA-E, o TST também modulou os efeitos para as ações trabalhistas em trâmite desde 25/03/2015 (TST, 2017).

Entretanto, mesmo com o posterior início da vigência das alterações trazidas pela Lei 13.467/17 – em 11 de novembro de 2017 –, determinando que a correção dos créditos trabalhistas deve ser feita com base na TR, o Tribunal Superior do Trabalho não cedeu ao novo ditame legislativo, entendendo que o art. 879, §7º, CLT já surgiu “natimorto” (ANAMATRA, 2020). Logo, por considerar que o Poder Legislativo editou uma norma contrária ao seu entendimento, optou por não aplicá-la e, ao formar maioria pela sua invalidade em julgamento de arguição de inconstitucionalidade, foram propostas as ADC’s ao STF (MENDES, 2020, p. 4).

Ocorre que, enquanto a parte autora das ADC’s defende que a norma deve ser aplicada na prática, antes de ser julgada como inconstitucional pelo Supremo, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) destaca as reiteradas decisões do STF no sentido de declarar a aplicação da TR como inconstitucional, “razão pela qual não poderia o legislador, por óbvio, voltar a incidir na mesma [in]constitucionalidade para fim de impor a TR para correção de créditos trabalhistas” (D’AGOSTINO, 2020).

Certamente, diante das mais variadas ações questionando a constitucionalidade de inúmeros dispositivos da Reforma Trabalhista – como o trabalho intermitente, o regime de trabalho 12 x 36, dentre outros –, o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho se encontra impossibilitado de uniformizar sua jurisprudência e aplicá-la segundo os seus entendimentos já consolidados, visto que muitas de suas decisões estão dependentes dos posicionamentos a serem tomados pelo Supremo, com vistas a afastar ou afirmar a aplicação dos novos dispositivos que alteraram a CLT e divergiram da jurisprudência firmada.

Segundo conclusão depreendida por NUNES (2018, p. 39) em 2018, apenas um ano após a Reforma Trabalhista entrar em vigor, verificou-se que a aplicação dos seus dispositivos mostrou “um aumento do ativismo judicial acumulado em curto período de tempo”, tendendo a se equiparar à conduta ativista adotada anteriormente à norma. A autora atenta para o fato de que, em termos práticos, a inobservância do Legislativo

quanto às possíveis consequências indesejadas da edição da norma pode ter causado exatamente o oposto do que se pretendia.

Não obstante o ativismo judicial praticado pela cúpula da Justiça do Trabalho, o fato de a matéria relativa à aplicação do índice de correção de créditos trabalhistas mais adequado ainda se encontrar em julgamento no Supremo Tribunal Federal conteve a conduta ativista do Tribunal Superior do Trabalho na matéria, mas de forma meramente momentânea. Porquanto, mesmo que a Lei 13.467/17 tenha estabelecido normas diversas do entendimento do TST, o STF pode afastá-las e reafirmar a conduta daquele, até então ativista.

Enquanto isto não ocorre, as partes das ações trabalhistas sobrestadas são as mais prejudicadas por toda a insegurança jurídica gerada pelo confronto entre os Poderes da República, visto que, ao adotarem posturas distintas quanto ao tratamento da legislação trabalhista, prejudicam não apenas a segurança do ordenamento jurídico, mas também as partes envolvidas nas relações jurídicas processuais e toda a sociedade em geral. Na praxe trabalhista, o conflito entre os Poderes apenas se torna mais nítido, agravando o problema.

4 AS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À (IN)EFICÁCIA DA REFORMA TRABALHISTA

É evidente que a Justiça do Trabalho, essencialmente ativista, sentiu o impacto do freio imposto pelo Poder Legislativo e, assim, manteve-se rígida em sua postura. E, como reação, não apenas ignorou alguns dispositivos da Reforma Trabalhista, esquivando-se de aplicá-los, como traçou o caminho para declarar a sua inconstitucionalidade, formando maioria para remeter as arguições de inconstitucionalidade ao Supremo.

Diferentemente do que se esperava, embora o Tribunal Superior do Trabalho tenha decidido em conformidade com algumas alterações legislativas trazidas pela Reforma Trabalhista, também manteve seu posicionamento imutável em algumas questões, como no caso do índice de correção monetária citado anteriormente. Na concepção do Tribunal, verifica-se que mais importante do que a lei, impõe-se o seu posicionamento jurisprudencial, mesmo que seja este anterior à edição daquela e ainda

que não se trate de um conflito aparente de normas, considerando que o entendimento jurisprudencial foi firmado para suprir uma lacuna legal existente à época.

Por este prisma, é explícito que a conduta ativista da Justiça do Trabalho é intrínseca ao seu caráter proativo, posto que atua sob uma perspectiva singular e independente dentro da esfera dos Três Poderes, em vez de exercer suas funções de forma harmônica – nos limites constitucionais estabelecidos –, visando superar os pontos de vistas divergentes em prol do bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, cabe ressaltar que o regime democrático não implica apenas o triunfo da maioria em detrimento das minorias, pois o Poder Judiciário, ao interpretar as leis e a Constituição, possui a função contramajoritária de salvaguardar os interesses dos menos favorecidos – seja por questão econômica, sexual, étnica ou cultural. Em contrapartida, este aspecto não tem o condão de ser o suficiente para nortear toda e qualquer decisão ou usurpação de competência, pois até mesmo a função contramajoritária é limitada pelos ditames constitucionais.

Certamente, cabe ao Legislativo a função de editar leis e criar normas gerais e abstratas, sendo este o Poder da República legitimado pela população para exercer sua função, à medida em que foi eleito pelo povo mediante o voto direto e secreto. Por isso, não cabe ao Judiciário usurpar a sua competência e contrariar o Legislativo apenas para se reafirmar em sua conduta ativista, superando os ditames legais em detrimento de seu posicionamento ideológico.

Pelo contrário, cabe ao Estado-juiz atuar em observância à supremacia do interesse público e à legitimidade de suas ações, posto que só detém legitimidade na sua atuação quando fundamenta suas decisões de forma racional, calcadas na Constituição Federal – expressão do poder constituinte originário – e nos seus princípios democráticos e basilares da organização do Estado Brasileiro (BARROSO, 2009, p. 17).

Isto não implica negar a capacidade do Poder Judiciário de controlar os demais Poderes (e vice-versa), mas sim considerar que as leis editadas – desde que em conformidade com a Constituição – são um reflexo do exercício da democracia pelos cidadãos brasileiros, de onde emana todo o poder para escolher seus representantes eleitorais segundo sua vontade (BRASIL, 1988). Atuar de forma diversa seria assumir

um papel de superioridade – inclusive, política, esfera da qual o Judiciário não integra⁴ – sobre toda a organização estatal.

Por isso que o ativismo judicial e a judicialização da política são tão próximos, pois esta, à medida em que concentra decisões políticas nas mãos do Poder Judiciário, isentando os Poderes políticos de exercerem suas funções (BARROSO, 2009, p. 12), automaticamente integra à esfera política os órgãos da Justiça e proporciona o crescimento do ativismo judicial. Logo, é forçoso inferir que o crescimento do ativismo judicial, em parte, está intimamente ligado com a omissão dos demais Poderes em exercerem suas funções de forma plena.

Não obstante seja um fator gerador da insegurança jurídica, o ativismo judicial também é produto dela, razão pela qual possui caráter duplo. Por causa disso, a simples edição de uma lei pelo Poder Legislativo, embora expressa em seus dispositivos quanto ao objetivo de conter a Justiça do Trabalho, não é capaz de atingir a sua finalidade principal, mas apenas as secundárias – ainda que de forma reflexiva e sem contundência.

Por se tratar de um problema estrutural e enraizado, qualquer tentativa simplista de solucionar a questão apenas agrava o problema da insegurança jurídica e gera mais confronto entre os Poderes, tendo em vista que eles também são ocasionadores da disfunção. Com isso, o ativismo judicial não compreende apenas de um imbróglio jurídico, mas também político e social, tendo em vista que toda a Administração Pública é afetada pela instabilidade jurídica de uma Justiça ativista.

Ademais, observa-se que o ativismo da Justiça do Trabalho apenas segue proporções e aspectos diferentes, pois, na realidade, trata-se do mesmo fenômeno sob diferentes perspectivas. Enquanto, no cenário atual, camufla-se numa espécie de estabilidade jurisprudencial como fundamento para se opor à previsão legal, outrora, transmudava-se em mudanças drásticas de entendimentos, com o escopo de seguir as dinâmicas sociais a partir da liberdade interpretativa dos magistrados.

Partindo disso, torna-se evidente que o ativismo judicial na Justiça do Trabalho não ocorre de maneira específica e imutável, mas adquire novas faces com o mesmo caráter, sendo este último o único elemento constante. Apesar de quase sempre estar revestido de boas intenções, visto que pode gerar algum benefício ao trabalhador

⁴ O Poder Judiciário, ainda que integrante dos Poderes da República, não detém a competência para a edição de normas, enquanto função típica dos representantes eleitos. Assim, o presente artigo faz a distinção entre Poderes Políticos e o Poder Judiciário com base na separação de competência definida pelo controle de constitucionalidade adotado no cenário brasileiro.

hipossuficiente em determinada demanda, na maioria das vezes, a conduta ativista torna as decisões judiciais viciadas.

Ocorre que o magistrado não pode agir como um fim em si mesmo, no intuito de considerar que os impactos de suas decisões ficam adstritos ao momento em que são proferidas. Por pertencer a uma organização maior – o Estado Brasileiro –, suas decisões não podem se pautar simplesmente na consciência própria, pois não há garantias de que há uma “consciência inata” a todo magistrado (STRECK, 2013, s.p.), tampouco que esta é compatível com a legislação trabalhista.

A insegurança jurídica não é instaurada partindo de uma perspectiva macro do ordenamento jurídico, mas seguindo o caminho inverso – da perspectiva micro à macro. Por esta razão, ainda que uma decisão se mostre benéfica a determinada parte, a inovação demasiada utilizada como fundamento, além de prejudicar a outra parte (micro), abre margem para um limbo de incerteza legal, jurisprudencial, social e política (macro).

Diante de todas as consequências geradas pelo ativismo judicial, quando somadas às crises políticas e aos problemas sociais já existentes no cenário brasileiro, verifica-se um Estado desequilibrado, o qual, ao tentar fazer justiça em casos específicos mediante uma conduta ativista, agrava mais ainda a instabilidade solidificada, sem perspectiva de retorno a uma realidade com estabilidade jurídica e social.

A última tentativa de contenção da atuação ativista da Justiça do Trabalho, realizada pelo Legislativo e Executivo, em vigência há aproximadamente três anos, indica um futuro ainda mais incerto. As arguições de inconstitucionalidade pendentes de julgamento no Supremo – as quais suspenderam diversos processos trabalhistas – podem tornar totalmente inócua a tentativa de contenção elaborada pelo poder Legislativo, pois, a depender de seu posicionamento, a Justiça do Trabalho poderá ser autorizada a continuar na sua conduta ativista.

Além disso, é questionável a expectativa de um controle efetivo exercido em um conflito dos outros Poderes contra o Judiciário, tendo em vista que o órgão julgador também integra este último Poder. De forma tangencial, a trama traduz-se no controle de um ativismo que refletirá sobre toda a Justiça brasileira, na medida em que refletirá a visão da cúpula do Poder Judiciário sobre a legitimidade da conduta ativista.

Em outros termos, a decisão que o Supremo tomar, mesmo que incida de forma indireta quanto à permissão para a Justiça do Trabalho atuar de forma ativista –

principalmente em relação ao Tribunal Superior do Trabalho –, demonstrará se o próprio Supremo concorda com a atuação e, ainda, se também pretende atuar – ou continuar atuando – desta maneira também em suas decisões, considerando-se legitimado a fazê-lo.

Por esta razão, a celeuma continua, pois, embora polêmica, a Reforma Trabalhista ainda não conseguiu atingir seu objetivo. Mesmo que seja cedo para inferir de forma definitiva, nota-se que os efeitos esperados pela vigência da norma não ocorreram e que a reação do Poder Judiciário gerou um limbo de incertezas sobre a sua possibilidade de ocorrência. Neste sentido, verifica-se que a democracia e os avanços jurídico-sociais, bem como as tentativas de modificação do sistema ficam subordinadas às posições individuais dos membros da Suprema Corte (STRECK, 2013, s.p.).

Por isso que, embora a concentração de poder nas mãos do Judiciário – especificamente da Suprema Corte – seja denominado de supremocracia (VIEIRA, 2008, p. 445), no Brasil, a ideia do fenômeno se estende também à Justiça do Trabalho e ao Tribunal Superior do Trabalho, enquanto tribunal superior. Porquanto, para que um Estado instável ascenda e alcance o mínimo de estabilidade jurídica, a limitação de atuação dos seus Poderes não pode estar dependente de um único Poder, principalmente quando a referida competência já se encontra expressamente delimitada pela Constituição Federal do país, como ocorre no cenário brasileiro.

Diante desta situação, a probabilidade de reversão do ativismo judicial praticado pela Justiça do Trabalho se torna inversamente proporcional à extensão das suas consequências, à medida que, quando estas partem de uma perspectiva micro (o ordenamento jurídico) e atingem a macro (a organização estatal como um todo), convertem o ativismo judicial em um fenômeno de natureza colossal, que só pode ser combatido mediante uma reforma não apenas trabalhista, mas integral.

5 CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações feitas ao longo deste estudo, verificou-se que o conceito obscuro de ativismo judicial, originado da Suprema Corte Americana, possui íntima relação com o controle de constitucionalidade e a política, materializando-se na substituição do direito positivado pela ideologia e o sentimento pessoal de justiça de cada magistrado. No mesmo momento, inferiu-se que o fenômeno ocorre quando o

Judiciário usurpa a sua competência e atua com inobservância aos limites previstos constitucionalmente.

Além disso, examinou-se que o ativismo judicial também diz respeito aos limites da capacidade criativa do juiz – embora com esta não se confunda –, sendo responsável por encobrir o sentimento pessoal de justiça do magistrado mediante a usurpação de competência praticada, ocorrendo quando este fundamenta suas decisões utilizando suas próprias concepções pessoais, visando obter o resultado que entende ser mais justo.

Em relação à Justiça do Trabalho, especificamente, observou-se que a conduta essencialmente ativista dos magistrados ocorre predominantemente mediante o suprimento das lacunas legais presentes na legislação trabalhista, atividade que acaba desvirtuando sua finalidade de acordo com a vontade do julgador, utilizando-se da liberdade interpretativa gerada pelos métodos hermenêuticos e constitucionais de interpretação.

Neste sentido, examinou-se que a ocorrência do ativismo judicial na Justiça do Trabalho se dá quando esta lida com a sua jurisprudência mediante excessos, modificando drasticamente suas súmulas e gerando insegurança jurídica, situação que gera impactos diretos ao trabalhador, considerando que a segurança jurídica está intimamente ligada com os direitos trabalhistas e a estabilidade econômica.

Entretanto, a pergunta-problema firmou-se no questionamento sobre a contenção do ativismo judicial praticado pela Justiça do Trabalho, realizada a partir da superveniência da Reforma Trabalhista, que entrou em vigor em novembro de 2017. Durante o percurso para a obtenção da resposta, ficou nítido o quanto a referida Justiça é essencialmente ativista e resistente no seu posicionamento, o qual, além de possuir o objetivo de beneficiar a parte hipossuficiente, na maioria das vezes, também manifesta sua visão ideológica e conflituosa com os demais Poderes e com os limites de atuação previstos na Constituição.

Foram apresentadas as implicações trazidas pela nova norma e o quanto a atuação da Justiça do Trabalho foi restringida e contida com os novos dispositivos. Contudo, apesar da contenção do ativismo judicial proposta pelos Poderes Executivo e Legislativo, materializada na edição da lei conhecida como a Reforma Trabalhista, tornou-se ainda mais nítida a conduta ativista adotada pelo Tribunal Superior Trabalho

e o caráter resistente de seu posicionamento contrário à nova lei, não obstante alguns dos dispositivos obedecidos pelo referido Tribunal.

Isto se deu porque, não obstante o novo §2º do art. 8º da CLT determinar expressamente que a Justiça do Trabalho não poderá restringir direitos, nem criar obrigações sem previsão legal, o Tribunal Superior Trabalho ignorou alguns dispositivos trazidos pela nova norma, sob o fundamento de serem contrários ao seu entendimento jurisprudencial já firmado anteriormente. Como exemplo desta conduta, abordou-se a celeuma jurisprudencial acerca do índice de correção de débitos trabalhistas, em que o TST se mostrou resistente à mudança legislativa, sendo uma questão que se encontra pendente da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Assim, os resultados da pesquisa revelaram que o insucesso do objetivo de contenção da Reforma Trabalhista – até então verificado – demonstrou que o Poder Judiciário suplantou as instâncias tradicionalmente políticas, na medida em que passou a decidir sobre questões concernentes à referida esfera, razão pela qual o fenômeno possui ligação com a omissão dos Poderes políticos.

Por isso, na medida em que o ativismo judicial gera insegurança jurídica, mas também é resultante dela, concluiu-se que o fenômeno possui um caráter duplo. Ademais, tratando-se de um problema estrutural, gerador de instabilidade na organização do Estado Brasileiro em todas as suas esferas, examinou-se que apenas a edição de uma lei – a Reforma Trabalhista – não foi suficiente para combater o ativismo judicial conforme se pretendia, tampouco para reduzir a sua prática de forma expressiva, devido à grande magnitude e extensão do fenômeno.

Em razão disso, ficou nítido o quanto o ativismo judicial da Justiça do Trabalho gera instabilidade jurídica, política e social, pois afeta a legitimidade democrática conferida aos Poderes políticos pelos cidadãos brasileiros, para a edição das leis e o exercício de sua função típica. Com isso, também se constatou que a função contramajoritária do Poder Judiciário não é fundamento suficiente para contrariar os ditames legais emanados do Poder Legislativo, considerados divergentes dos posicionamentos ideológicos da Justiça do Trabalho.

Portanto, observou-se a necessidade de uma reforma integral em todos os âmbitos dos Três Poderes da República, de forma a minimizar o conflito entre eles e fazê-los assumirem suas funções típicas, bem como exercerem suas atividades de forma plena, sem omissão ou usurpação de competência nas incumbências delegadas a cada

um pela Constituição Federal. Desta forma, torna-se possível traçar o caminho em busca da estabilidade jurídica, efetivando os princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maria Carolina Cancellata de. et al. **Estudos hermenêuticos em homenagem ao Prof^o Dr. Lenio Streck**. [S.l.]: Editora Thot, 2019. Edição do Kindle.

ASSIS, Luís Fabiano de. **Ativismo judicial na justiça do trabalho**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/pt-br.php>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO. **Correção dos débitos trabalhistas pelo IPCA-E desde junho de 2009**. Brasília, 07 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/15-imprensa/29295-correcao-dos-debitos-trabalhistas-pelo-ipca-e-desde-junho-de-2009#:~:text=Sucedo%2C%20por%20o%20TST,da%20decis%20do%20Tribunal%20Pleno>>. Acesso em: 27 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 5. ed. São Paulo, Saraiva: 2015.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**: aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**: Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei nº 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 nº

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/l113467.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. Senado Federal. Agência Senado. **Aprovada em 2017, reforma trabalhista alterou regras para flexibilizar o mercado de trabalho**. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/02/aprovada-em-2017-reforma-trabalhista-alterou-regras-para-flexibilizar-o-mercado-de-trabalho#:~:text=A%20norma%20foi%20aprovada%20para,rela%C3%A7%C3%B5es%20entre%20trabalhadores%20e%20empregadores.&text=%20A%20jornada%20de%20trabalho%2C%20antes,respeitadas%20as%20220%20horas%20mensais.>>. Acesso em: 24 ago. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC/58 - Ag. Reg. na Medida Cautelar na Ação Declaratória De Constitucionalidade**. Brasília, 1 jul. 2020. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=06/07/2020&incidente=5953205&codCapitulo=6&numMateria=103&codMateria=2>>. Acesso em: 27 out. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração em Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 479-60.2011.5.04.0231**. Embargante: Município de Gravataí. Embargada: Lissandra Angélica Marques. *Amicus Curiae*: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 20 de março de 2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 30 de junho 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/d0b7ad81-f1b1-587c-bd66-8b3de336982b>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 10454-06.2018.5.03.0097**. Recorrente: Magazine Luiza S.A. Recorrido: Marcos Teixeira Olegário. Relator: Ministro IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO. Brasília, 07 de agosto de 2019. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 09 de agosto de 2020-C. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=74472&anoInt=2019>>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 305-75.2015.5.05.0492**. Recorrente: Gean Roque da Silva. Recorridos: Dalnorde Comércio Importação e Exportação de Alimentos Ltda. e outras. Relator: Ministro Ives Gandra Da Silva Martins Filho. Brasília, 09 de junho de 2020. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 19 de junho 2020-B. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=305&digitoTst=75&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0492&submit=Consultar>>. Acesso em: 09 out. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria de Comunicação Social. **Quarta Turma afasta precedentes da SDI-1 sobre uso de logomarca em razão da reforma**

trabalhista. Brasília, 10 jun. 2020-A. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/26477856>. Acesso em: 09 out. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria de Comunicação Social. **TST define IPCA como fator de atualização de créditos trabalhistas**. Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-define-ipca-como-fator-de-atualizacao-de-creditos-trabalhistas>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 277**: As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista – 16. ed., rev. E atual. – Rio de Janeiro, São Paulo: Método, 2018.

D'AGOSTINO, Rosanne. **STF retoma discussão sobre índice para correção monetária de dívidas trabalhistas**. Portal G1, Brasília, 26 ago. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/08/26/stf-retoma-discussao-sobre-indice-para-correcao-monetaria-de-dividas-trabalhistas-1.ghtml>>. Acesso em: 13 out. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**; tradução Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAUX, Waleska. 30/05/2016 - **Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi fala sobre ativismo no 20º CFI**. Enamat, 30 maio 2016. Disponível em: <<http://www.enamat.jus.br/?p=12496>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; ABOUD, Georges. **Ativismo Judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea**. **Revista dos Tribunais Online**, v. 108, n. 1008, p. 43-54, out. 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/40298431/ATIVISMO_JUDICIAL_NOTAS_INTRODUTORIA_S_A_UMA_POLE_MICA_CONTEMPORANEA>. Acesso em: 14 jul. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. – 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 358.

NUNES, ANA PAULA DE MORAIS FRANCISCO. **Reforma Trabalhista versus Anamatra: uma análise da reação do Judiciário Trabalhista na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho frente às inovações da Lei 13.467/2017**. Rio de Janeiro: 2018. 41 f. Artigo (Graduação em Direito) – Escola de Direito FGV Direito Rio, Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28164>>. Acesso em: 14 out. 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. **Ativismo judicial (ou jurídico), autocontenção e última palavra na interpretação da constituição**: O que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo judicial norte-americano e as teorias do diálogo. 2014. Dissertação de Mestrado (Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014. Disponível em: <<https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/654>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, SP, v. 79, n. 7, p. 800-808, jul. 2015. Disponível em: <https://julsaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/152810/2015_peduzzi_maria_consciencia_lei.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 ago. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** – 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

RILLO, Geovana Leite. Ativismo judicial e a Justiça do Trabalho: uma necessidade constante. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba/SP, v. 03, n. 02, p. 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em: <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2707>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ROCHA, Fábio Ribeiro da; FERREIRA, Farley Roberto Rodrigues de Carvalho; CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO, Jorge et al. **Análise Doutrinária e Jurisprudencial de Temas Polêmicos do Direito Material e Processual do Trabalho** – São Paulo: ESA OAB SP Publicações, 2020. Edição do Kindle.

STRECK, LENIO LUIZ. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VIEIRA, OSCAR VILHENA. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464/ jul-dez. 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

A PROTEÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR DA *GIG ECONOMY* NO BRASIL: FORMA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO?

Silvana Éllen Souza de Oliveira¹

Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas²

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar algumas das implicações que o desenvolvimento da *gig economy* no Brasil pode trazer, à luz de uma regulação pelo Direito do Trabalho, e interpretação pelo princípio da proteção do trabalhador. Sendo esse modelo econômico uma forma de trabalho que se baseia na execução de “tarefas” pelos trabalhadores, pelo intermédio de plataformas digitais, ainda sem legislação específica que o regule, pode implicar riscos à saúde dos prestadores de serviços. O objetivo deste trabalho recai sob a identificação se as normas do ordenamento jurídico nacional são suficientes para uma efetiva salvaguarda da saúde dos trabalhadores dessa modalidade ou se representa uma forma de precarização do trabalho. A metodologia desta pesquisa é qualitativa e o método é o hipotético dedutivo, por utilizar os dados de pesquisas e estudo bibliográfico para análise da hipótese apresentada. Aponta-se, por fim, a importância de uma regulação, visto a ausência de legislação específica sobre o tema.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Economia sob demanda. Proteção da saúde. Precarização.

HEALTH PROTECTION OF THE *GIG ECONOMY*'S WORKERS IN BRAZIL: PRECARIOUSNESS OF THE WORK?

ABSTRACT

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

This work aims to analyze some implications about gig economy development in Brazil, basing on a regulation by Labor Law and interpretation by the principle of worker protection. According to this economic model, which is a way to work based on the "to do tasks" or execution of them by the workers through digital platforms, even without specific legislation to regulate it, may result in health risks for service providers. In this way, the goal of this work is identify if the rules or norms of the national legal system are sufficient for an effective safeguarding of workers' health of this modality or if it represents a form of precarious work. The method is hypothetical deductive, in using research data and bibliographic study to analyze the hypothesis considered. Finally, it points the importance of regulation in the absence of specific legislation on the subject.

Keywords: Labor Law. Economy on demand. Health protection. Precariousness.

1 INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica, vivenciada pela sociedade, tem se mostrado a causa para diversas transformações do modo de vida das pessoas, individualmente e coletivamente, a partir de uma série de inovações em diversos setores. Um deles foi a forma de consumir e de trabalhar, um exemplo são as plataformas digitais, as quais possibilitam o intermédio entre trabalhadores e consumidores, que buscam os seus serviços.

A utilização das plataformas digitais faz parte da chamada *gig economy*, fenômeno presente em diversos países do mundo e que tem chamado a atenção por representar significativas modificações, nas relações de trabalho e ter se tornado cada vez mais popular.

Nesse cenário, no Brasil é comum o termo "uberização" do trabalho, tendo em vista a grande proporção tomada pela execução das atividades da empresa de transporte de passageiros, Uber, que revolucionou esse ramo.

Apesar desse modelo poder ser parte de um complexo processo de utilização dos meios digitais no trabalho, muitas vezes visto como um avanço, é importante tecer algumas considerações acerca dos impactos que o seu desenvolvimento pode trazer para as relações regidas pelo Direito do Trabalho. Isso porque, essa quebra de

paradigmas e mudança - na forma de se trabalhar - pode representar um risco à saúde de milhares de pessoas, tendo em vista as implicações da execução das chamadas “gigs” ou “serviços”.

Para compreensão das implicações da *gig economy*, nesse ramo jurídico, é mister estabelecer uma relação dos aspectos fáticos com conceitos do Direito do Trabalho. Assim, primeiramente, será alvo deste trabalho a conceituação do que é esse novo modelo econômico e o cenário de seu surgimento. Nesse cenário, muitas plataformas desenvolvedoras das “gigs” estão sofrendo ações judiciais - no Brasil - para reconhecimento de vínculo empregatício entre as plataformas de transporte pessoal e os trabalhadores. Outrossim, observou-se em 2020 - durante a pandemia de Covid-19 - uma paralisação geral dos moto-entregadores de alimentos - em diversas capitais do Brasil - em busca de melhores condições de trabalho e valores recebidos pelas entregas.

Ademais, será feita uma análise do direito à saúde do trabalhador e sua salvaguarda, frente ao desenvolvimento desse modelo econômico, baseado nas plataformas digitais, sendo discutido se isso significa uma precarização do trabalho. Para tanto, serão observados dados, por exemplo, de pesquisas recentes e realizado um estudo bibliográfico sobre a proteção do trabalhador, na legislação trabalhista brasileira.

2 A “GIG ECONOMY” OU ECONOMIA SOB DEMANDA

De acordo com Collier, Dubal e Carter (2017), antes da utilização de plataformas intermediadoras de trabalho já existiam modalidades em que haviam trabalhadores sem os direitos sociais trabalhistas assegurados pelo emprego, mas tem como diferencial a utilização de algoritmos e da tecnologia atual - como os smartphones - a qual impulsionou o desenvolvimento de uma série de mudanças do âmbito jurídico laboral já em curso.

Somado a isso, tratando-se de um fenômeno mais atual, conforme afirma Kelller (2020), após a crise de 2008, o Direito do Trabalho tem sido alvo de transformações fundamentais, sendo observado um movimento de flexibilização de suas normas, processo visto em novas modalidades, como o contrato de trabalho temporário, o intermitente e do trabalhador autônomo ou informal, inclusas na Reforma Trabalhista de 2017.

Segundo De Stefano (2016), o termo *gig economy* abarca duas modalidades com características semelhantes entre si, mas distintas, quais sejam o “*crowdwork*”³ e a economia sob demanda por meio de aplicativos. Ambas utilizam da tecnologia para se desenvolver, porém, divergem, no tocante à forma de execução das “*gigs*” ou serviços - sendo no primeiro o trabalho executado de maneira virtual, por meio das plataformas, com a capacidade de alcance mundial dos trabalhadores.

Já no trabalho sob demanda a execução do trabalho é local, não virtual, e é possibilitado através de uma intermediação das plataformas digitais, na medida em que os serviços são oferecidos e contratados, por meio delas, sendo sua a responsabilidade da gestão dos trabalhadores e estabelecimento de condições básicas para a execução dos serviços oferecidos.

Ainda conforme destaca De Stefano (2016), diferente do vínculo criado pelo trabalho antigamente, o qual era duradouro; o desenvolvimento desse modelo econômico pressupõe um contingente de trabalhadores “*just-in-time*”, que conforme tradução nossa, trata-se de uma relação relativa somente àquela hora de desenvolvimento da atividade. Como consequência disso, o autor destaca a forma de remuneração, devida somente pela execução das tarefas, havendo, portanto, geração de renda somente quando o trabalho está sendo desenvolvido.

Ademais, fundamental sedimentação das características das relações na *gig economy* é que se trata de uma relação com três partes, quais sejam a plataforma, responsável pelo controle - principalmente - no processo de estabelecimento da remuneração pelo trabalho; o trabalhador e o solicitante do serviço ou consumidor (Collier, Dubal e Carter, 2017).

A última característica apontada por este trabalho e - que sedimenta o trazido até então - trata-se de uma volatilidade das relações trabalhistas, como pode ser visto em Feliciano e Pasqualetto (2019, p. 13), quando define a *gig economy* como o “macroambiente de negócios caracterizado pelo predomínio de contratos de curta duração dirigidos a trabalhadores independentes, o que nos conecta, diretamente, ao fenômeno da *uberização* do trabalho”.

³ “*Crowdwork*”, em tradução livre, é o trabalho da “multidão”, no qual tem-se uma plataforma que faz a intermediação entre um contingente indefinido de trabalhadores e possíveis contratantes. Tradução livre do original: “*Crowdwork* is work that is executed through online platforms that put in contact an indefinite number of organisations, businesses and individuals through the internet, potentially allowing connecting clients and workers on a global basis” (De Stefano, 2016, p. 2).

Essa característica também pode ser observada na lição de Prassl (2018), quando o autor aponta que esse fenômeno se baseia na disponibilidade de um largo contingente de trabalhadores que tem seus direitos laborais afastados pelo modelo tratar o trabalho como um serviço comercializado. Nesse contexto, segundo o autor, o cerne da *gig economy* está na “intermediação digital do trabalho”⁴.

Portanto, a definição adotada neste trabalho será a da *gig economy* como um complexo modelo de desenvolvimento de atividades laborais sob demanda, possibilitado pelo intermédio, realizado por meios digitais através de plataformas e aplicativos, dos trabalhadores e consumidores. Superada a definição, é importante analisar como o desenvolvimento dela pode trazer impactos à saúde dos prestadores de serviços.

2.1 APRECIÇÃO DO TEMA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Antes de compreender os efeitos da *gig economy*, no âmbito jurídico laboral brasileiro, é essencial observar como está sendo reconhecida - judicialmente no país - a relação entre as plataformas digitais e os prestadores de serviços a elas vinculados. Apesar de o transporte individual de pessoas não ser a única área de atuação dessas plataformas, por ser a mais habitual e os elementos presentes nela serem comuns aos outros tipos de atividades desempenhadas, as decisões a seu respeito irão ser utilizadas como parâmetro de análise.

Cabe destacar que o questionamento principal deste trabalho não recai sobre a valoração do não reconhecimento de vínculo empregatício, mas seu conhecimento é essencial para compreender quais instrumentos normativos são aplicados nessa situação fática e os desafios enfrentados pelos trabalhadores para a manutenção da sua saúde e dignidade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em um conflito de competência entre a Justiça civil comum e a do Trabalho, em caso envolvendo a Uber⁵, traçou um entendimento de que o contrato entre os prestadores de serviço e a plataforma estava no âmbito civil. Cabe salientar que não se tratava de uma decisão responsável pela determinação da configuração ou não do vínculo empregatício, mas na decisão o

⁴ Tradução livre do original: “Upon closer inspection, however, it quickly emerges that many platforms offer much more than mere matchmaking services: they are in the business of digital work intermediation” (PRASSL, 2018, p. 5).

⁵ Conflito de competência nº 164.544 - MG (2019/0079952-0). Relator: Ministro Moura Ribeiro. Suscitante: Juízo da 1ª vara do trabalho de Poços de Caldas - MG. Suscitado: Juízo de direito do juizado especial cível de Poços de Caldas - MG. Interes.: Denis Alexandre Barbosa e Uber do Brasil tecnologia ltda. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857953&num_registro=201900799520&data=20190904&formato=PDF. Acesso em: 18 set. 2020.

Tribunal descreveu elementos que apontam para o não reconhecimento, sendo os trabalhadores tidos como empreendedores individuais.

Quanto ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ainda não uniformizado, que pode ser visto em decisões da terceira, quarta, quinta e oitava turmas, por exemplo, é da impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício entre os motoristas de aplicativo e as empresas desenvolvedoras dos mesmos, como a Uber e a Cabify, sendo o trabalhador considerado autônomo, frente a ausência de regulamentação específica.

A título exemplificativo tem-se a decisão da quinta Turma⁶, a qual ao reformar o acórdão do TRT, que reconheceu a existência de vínculo empregatício, negou a presença da subordinação, um dos elementos necessários para a configuração da relação empregatícia. Cabe ressaltar a autonomia do motorista, na fixação de seu horário e local de trabalho, posteriormente analisada por este trabalho.

Ademais, no acórdão proferido pela quarta Turma⁷, o TST negou a existência de vínculo formal de emprego e delineou se tratar de um contrato de natureza civil, com base também na ausência de subordinação e autonomia do trabalhador.

Cabe salientar que - com o entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho, de não estarem configurados os requisitos necessários para a formalização dos prestadores de serviços envolvidos na *gig economy* como empregados - não são, inicialmente, cabíveis para eles a proteção estatal prevista na Constituição Federal de 1988 - em seu art. 7º - e na Consolidação das Leis do Trabalho. Essas normas, conforme aponta Silva (2020), formam um patamar mínimo, essencial para se alcançar a dignidade e o trabalho decente.

Então, direitos como salário mínimo, limitação da jornada diária em até 8 horas diárias e 44 horas semanais, fundo de garantia do tempo de serviço, dentre outros, não se aplicam aos trabalhadores da economia sob demanda. Portanto, milhares de trabalhadores desenvolvem atividades laborais sem a salvaguarda de seus direitos.

⁶ Recurso de Revista nº TST-RR-1000123-89.2017.5.02.0038. Recorrentes: Uber do Brasil tecnologia Ltda. e outros. Recorrido: Marcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/161644fb9673d0afe87b0e522a470272>. Acesso em: 30 out. 2020.

⁷ “[...] Fixa-se o seguinte entendimento: o trabalho prestado com a utilização de plataforma tecnológica de gestão de oferta de motoristas-usuários e demanda de clientes-usuários, não se dá para a plataforma e não atende aos elementos configuradores da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, inexistindo, por isso, relação de emprego entre o motorista profissional e a desenvolvedora do aplicativo, o que não acarreta violação do disposto no art. 1º, III e IV, da Constituição Federal[...].” Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003. Agravante: Ricardo Ramos de Sá. Agravada: Uber do Brasil tecnologia Ltda. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ace750066abb32447598485e6cfcab3e>. Acesso em: 30 out. 2020.

Mais do que uma simples execução de ‘tarefas’, ou “*gigs*” isoladas, há o desenvolvimento de labor por parte dos prestadores de serviço, o qual apesar de ser gerenciado através das plataformas, algo realizado por meios digitais, tem sua execução no aspecto fático, com consequências reais. Nesse ínterim, reitera KALIL (2019):

Independentemente da perspectiva que se adote, as formas de trabalho no capitalismo de plataforma já apontam para efeitos bem concretos do impacto da tecnologia na organização do trabalho: identificou-se a criação de empregos sem qualquer proteção aos trabalhadores, em que as relações de trabalho operam em dinâmica distinta da tradicionalmente concebida, com maior espaço para os trabalhadores determinarem o seu horário de trabalho e nas quais dependência e precariedade caminham lado a lado (KALIL, 2019, p. 38).

Assim, ainda que haja a defesa, a partir de uma interpretação do artigo 422 do Código Civil e o princípio da boa-fé objetiva, por Conforti (2020) de um entendimento de responsabilização - mesmo ausente o vínculo empregatício - das plataformas digitais para a salvaguarda da saúde dos prestadores de serviço a elas vinculados, este aparenta ser insuficiente para evitar a precarização do trabalho.

Portanto, argumenta-se que o estabelecimento da regulação dessas relações pelo Direito Civil, conforme defende o TST, e a situação de vulnerabilidade dos trabalhadores frente às empresas desenvolvedoras dos aplicativos, sem a salvaguarda conferida pelo princípio basilar do Direito juslaboral da proteção do trabalhador, caminha para um cenário de precariedade do trabalho.

Nesse contexto, uma crítica a esse entendimento do TST é da ausência de uma igualdade entre os prestadores de serviço com as empresas, na medida em que não é possível aos primeiros estabelecerem suas condições de trabalho, mas somente aderir às condições impostas, sendo importante uma aplicação do Direito do Trabalho mesmo fora de uma relação de emprego (SIGNES, 2017).

Diante do exposto, ao considerar que há o desempenho de trabalho, esse deve estar sob a proteção conferida pelo Direito do Trabalho, o qual não é um ramo jurídico limitado a exercer influência somente em empregados. Reconhecida é a importância do estabelecimento de patamares mínimos para o trabalhador, mesmo que fora da relação formal regida pelo Direito do Trabalho, a exemplo dos eventuais, conforme aponta Delgado (2007), o qual reitera a importância de um “processo extensivo dos direitos fundamentais trabalhistas” (Delgado, 2007, p. 36).

Além disso, tem-se o exposto por Cassar (2018), quando defendeu sua aplicação mais ampla que a estabelecida por um vínculo formal:

O Direito do Trabalho é muito mais amplo, tem toda uma conotação coletiva, social, com institutos internacionais, nacionais e setoriais que visam à melhoria da condição social dos trabalhadores, à proteção das minorias e dos hipossuficientes, à proteção da sociedade trabalhadora (CASSAR, 2018, 15 ed., p. 5).

O Direito do Trabalho, nesse sentido, não pode se distanciar de sua função primordial de proteção dos trabalhadores, não sendo um impeditivo para sua aplicação a ausência de um vínculo formal entre as plataformas e esses. Destaca-se que o ordenamento jurídico trabalhista individual sofre profunda influência do princípio, norteador do Direito do Trabalho, da proteção do trabalhador. Este, consoante o entendimento de Leite (2020, p. 106) “constitui a gênese do direito do trabalho, cujo objeto, como já vimos, consiste em estabelecer uma igualdade jurídica entre empregado e empregador, em virtude da manifesta superioridade econômica deste diante daquele”.

Cabe salientar, nesse contexto, que não se defende uma aplicação discricionária dos direitos assegurados em uma relação formal de emprego, mas uma interpretação que caminhe, minimamente, para o reconhecimento da necessidade de proteção à dignidade e à integridade física e psíquica dos trabalhadores, enquanto não exista uma regulação específica das relações presentes nesse modelo.

3 A PROTEÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR

Conforme exposto, o que se discute - no presente trabalho - não é a natureza jurídica da relação entre as plataformas intermediadoras e os trabalhadores, mas quais as consequências ocasionadas para a saúde do trabalhador na execução dos “serviços” e como a proteção conferida pelo Direito do Trabalho nacional pode ser aplicada aos trabalhadores desse modelo.

Nesse cenário, aponta-se a ausência de proteção estatal - de forma específica - para essas relações, no tocante a padrões mínimos de segurança e de resguardo da saúde, a qual como ocorre com o desempenho de qualquer atividade pode ser afetada pelo trabalho, seja ele fruto de uma relação reconhecida juridicamente, ou não.

A realização de paralisações gerais - em diversas capitais do país - pelos trabalhadores de entrega de alimentos, durante a pandemia de Covid-19, no ano de 2020, em um apelo pelo aumento da remuneração e melhores condições de trabalho e segurança frente as decisões dos aplicativos, tornou público os desafios enfrentados diariamente pelos trabalhadores desse ramo da *gig economy* no país. Isso foi visto na criação do perfil “@tretanotrampo” na rede social Instagram, local de compartilhamento de algumas das reivindicações que resultaram no “breque” dos aplicativos.

No âmbito jurídico, a proteção da saúde está presente em normas constitucionais e internacionais, sendo as primeiras constantes no artigo 196 e artigo 6º da Constituição Federal, conforme aponta Cassar (2018). Segundo a autora, trata-se de um direito fundamental e de todos os cidadãos, e as normas que o discipline são inafastáveis, visto serem de ordem pública.

Sobre o assunto, de acordo com Kimmelmeier (2019):

o regime jurídico de proteção à saúde do trabalhador compreende: a) a saúde e segurança do trabalho, ou saúde, higiene e segurança, que tem por objeto a eliminação, neutralização e redução dos riscos inerentes ao trabalho, bem como os acidentes do trabalho e as doenças ocupacionais; b) as normas jurídicas sobre os tempos de trabalho, o trabalho da mulher e do adolescente e a proibição do trabalho infantil, como aspectos específicos da proteção à saúde, com ênfase para a regulamentação heterônoma estatal desses temas; c) o Direito Ambiental do Trabalho (KEMMELMEIER, 2019, p. 98)

Conforme a autora (2019), a Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) traz para o ordenamento brasileiro o conceito de saúde mais amplo, sustentado pela Organização Mundial da Saúde⁸. Nesse sentido, essa Convenção aponta para a necessidade da salvaguarda da saúde do trabalhador e define, em seu artigo 3º, alínea “e”, que saúde “abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho” (BRASIL, 2019).

⁸ Ao citar a Organização Mundial da Saúde, 1946, Kimmelmeier (2019, p. 97) aponta o conceito de saúde como “completo bem-estar físico, mental e social”.

Ademais, o entendimento da efetivação da proteção à saúde do trabalhador da economia sob demanda perpassa pelo prisma do meio ambiente laboral, o qual segundo Jahn e Borges (2019) é um direito humano e fundamental, assegurado constitucionalmente, e consiste no:

Local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remunerados ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentam (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas ou servidores públicos, autônomos, etc.) (JAHN E BORGES, 2019, p. 232).

Nesse ínterim, conforme reitera Melo, 2013, p.32, citado por Jahn e Borges, não há a limitação do objetivo primordial do meio ambiente laboral, qual seja a proteção, inclusa à saúde, aos empregados, sendo alvo da tutela todos os trabalhadores.

Ainda sobre o assunto, é possível depreender do exposto por Stürmer e Coimbra (2018) a tamanha importância conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro à proteção da saúde do trabalhador, no tocante ao meio ambiente laboral, ao prevê-lo também como parte essencial de sua construção:

O direito do trabalhador ao meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio está dentro do catálogo de direitos e liberdades positivadas que compõem o conjunto de direitos fundamentais na Constituição brasileira, tanto no que diz respeito à individualidade – o direito à vida e à integridade física da pessoa humana do trabalhador (art. 5º, direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões) – quanto ao seu aspecto social/coletivo/transindividual: direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio (direitos fundamentais de terceira dimensão). (STÜRMER E COIMBRA, 2018, pp. 138 -139).

Assim, vê-se que a saúde é tutelada pelo ordenamento brasileiro, de diversas maneiras - seja como direito fundamental ou como pilar do meio ambiente do trabalho, sendo um direito humano - e, portanto, deve ser preservada nas relações da *gig economy*. Porém, sua concretização tem se mostrado um desafio, restando-se o questionamento de que forma garanti-la, sem significar um prejuízo à dinâmica desse modelo.

3.1 O DIREITO À SAÚDE E DESAFIOS DE SUA CONCRETIZAÇÃO NA *GIG ECONOMY*

Tendo em vista tratar-se de um modelo econômico com grande diversidade de serviços executados, como transporte de passageiros, entrega de alimentos, execução de tarefas por meios digitais, não há a pretensão de exaustão das consequências à saúde do trabalhador, mas sim, uma breve análise. Esta, irá se debruçar na duração da jornada e nas condições de trabalho.

3.1.1 Duração da jornada de trabalho

Uma pesquisa realizada - pela Aliança Bike em 2019 - aponta uma duração da jornada de trabalho dos entregadores de aplicativo ciclistas, maior que a disposta no artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, de oito horas diárias e 44 horas semanais. Isso porque, segundo os dados divulgados, somente 25% dos entrevistados respeitavam esse limite. Dos entrevistados, 57% trabalham de segunda a domingo e a remuneração mensal média equivale a 936 reais⁹, inferior ao salário-mínimo do período da realização da pesquisa.

Desse modo, a ausência do respeito ao número máximo permitido de horas trabalhadas pode representar um perigo à saúde dos trabalhadores, na medida em que o excesso de trabalho, a longo prazo, é prejudicial. Isso pode ser visto nas motivações de se estabelecer a limitação da jornada de trabalho, as quais - segundo dispõe Martinez (2019), são três: a biológica, a social e a econômica. A primeira está intimamente relacionada com a salvaguarda da saúde porque tem como objetivo permitir que o trabalhador se recupere física e mentalmente. Já a segunda, é para restar tempo para além do trabalho, destinado à outras atividades, como a convivência com outros e o lazer. Por fim, tem-se a motivação econômica, a fim de evitar o monopólio das necessidades do empregador em um só trabalhador e possibilitar a contratação de um número maior de empregados de acordo as necessidades.

Analisada a fundamentação do estabelecimento dessa limitação pelo ordenamento jurídico, preocupante é a análise desse cenário em conjunto com o exposto pela pesquisa de Abílio et al. (2020), a qual apontou que, durante o

⁹ Segundo Aliança Bike (2019, p.5) “57% trabalham todos os dias (de segunda a domingo). A média de horas à disposição do app é de 9 horas e 24 minutos por dia, sendo que: - 25% trabalham até 8 horas - 50% trabalham até 10 horas - 75% trabalham até 12 horas. Ao fazer entregas, 30% pedalam mais de 50 km por dia. A principal motivação para iniciar a fazer entregas por aplicativo foi que “estava desempregado” (59%) seguido por “gosto de andar de bicicleta” (14%) e “é um trabalho para fazer nas horas vagas” (11%). Em média, ciclistas entregadores fazem 9 entregas por dia. Em média, ciclistas entregadores ganham R\$ 936 por mês”.

desenvolvimento das atividades pelos entregadores de alimentos, em meio à pandemia de Covid-19 no Brasil, 58,9% dos entrevistados sofreu uma redução em sua remuneração.

Ao depender - diretamente - da quantidade de serviços prestados, dentre outros fatores, como a política das plataformas digitais, isso é algo possível de ocorrer. Porém, leva aos trabalhadores a aumentarem ainda mais a sua - já desgastante - jornada de trabalho, na tentativa de manutenção de sua remuneração, o que mostra a insegurança vivenciada pelos mesmos.

É importante destacar que um dos fatores determinantes para uma jornada de trabalho, além da prevista constitucionalmente, trata-se do pagamento somente pela execução dos serviços. Esse recebimento pelo tempo efetivamente trabalhado, implica na ausência da continuidade dos rendimentos em casos de acidentes automobilísticos, de doenças ou até mesmo um período de descanso, semanal ou mensal - também essenciais para a manutenção da saúde frente os fundamentos acima expostos.

Nesse sentido - diferente dos empregados regidos pela legislação trabalhista, os quais tem garantida sua remuneração mensal - a limitação da jornada de trabalho e também o recebimento não somente pelo período de execução de metas ou tarefas, mas pelo período que está à disposição do empregador, conforme o artigo 4º da CLT¹⁰, em análise preliminar os trabalhadores da *gig economy* estão inseridos em um cenário de incertezas que pode levar à precariedade.

Entende-se, portanto, que apesar de - em uma análise inicial - tratar-se de um modelo econômico no qual o trabalhador tem a possibilidade de delimitação de sua jornada, de acordo com a sua autonomia, os trabalhadores na prática não a vivenciam, haja vista que, para se obter uma renda mínima, há a necessidade da execução do labor por uma quantidade de horas além das estabelecidas constitucionalmente.

Cabe salientar que - apesar de outras modalidades de trabalho também não possuírem essa estabilidade quanto à remuneração - a *gig economy* se diferencia pelo necessário intermédio das plataformas digitais para a concretização do trabalho.

3.1.2 Condições de trabalho

¹⁰ Art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

O segundo fator a ser analisado é o das condições de execução dos serviços, para as quais as plataformas não oferecem um suporte generalizado. Esse exemplo foi também visualizado, em 2020 durante a pandemia de Covid- 19, quando - na maioria das vezes - ficou a cargo do trabalhador a compra de produtos responsáveis pela sua segurança, como álcool em gel e máscaras, consoante pesquisa de Abílio et al. (2020), que aproximadamente 58% dos participantes declarou a ausência de suporte da plataforma.

Conforme a pesquisa referida acima, realizada pela Aliança Bike (2019, p. 6), 35% das respostas apontavam o anseio dos trabalhadores por um “local de apoio com água, banheiro, tomada, oficina” e um “seguro de invalidez temporária”, ou seja, fornecimento pelas plataformas de condições mínimas para a execução de seu trabalho e saída da condição de precariedade do trabalho.

Resta-se ainda mais complicada a salvaguarda da saúde dos trabalhadores no caso do *crowdwork*, no qual quase não há “intervenção” das empresas intermediadoras, na medida em que as “*gigs*” propostas podem ser desenvolvidas de qualquer lugar do mundo e não há a observância pelas plataformas da maneira que os trabalhadores as desempenham, somente da entrega dos resultados.

Além das possíveis consequências geradas durante a prestação dos serviços e sentidas a curto prazo – decorrentes, por exemplo, do contágio com a Covid- 19 ou de acidentes automobilísticos - a ausência de uma proteção aos trabalhadores quanto às condições de trabalho pode implicar em prejuízos sentidos pelos mesmos a longo prazo. Nesse contexto, pode-se citar a ausência de direito a benefícios previdenciários – o que aponta para uma insegurança com relação ao futuro dos prestadores de serviços desse modelo econômico - gerando impactos em outras áreas do Direito, como o Previdenciário.

Nesse sentido, em consonância com os dados apresentados, vê-se que a suposta autonomia dos trabalhadores na prestação dos serviços, apesar do controle realizado pelas plataformas pelo sistema de avaliações, juntamente com a ausência de regulação, revela um cenário no qual, em regra, não há um suporte fornecido pelas empresas nesse processo.

O trabalhador, portanto, resta-se sem proteção, ficando a cargo da parte mais frágil da relação à busca pelas condições dignas e salubres de trabalho, em meio à

prestação dos serviços, resultando conforme analisado, em condições precarizadas de trabalho e riscos à saúde.

4 CONCLUSÃO

Portanto, as relações - emitidas pelo Direito do Trabalho - foram profundamente influenciadas pelo avanço do uso da tecnologia para o desenvolvimento do labor, estando inserida nesse contexto a *gig economy*, fenômeno relativamente recente e que se utiliza de plataformas digitais como intermediadoras de prestadores de serviço e consumidores.

Nesse contexto, a observação de como esse fenômeno econômico tem sido enfrentado, no judiciário brasileiro, juntamente com a ausência de uma legislação específica que regule essas relações, apontou para a defesa de uma necessária regulação pelo Direito do Trabalho dessas relações, com a aplicação do princípio da proteção do trabalhador, tendo em vista se tratar do desempenho de trabalho.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece como direito fundamental a saúde, tutelada também ao se tratar do meio ambiente do trabalho. Sua efetivação nas relações da *gig economy*, no entanto, tem se mostrado um desafio, conforme a análise de dados coletados por pesquisas recentes. O trabalhador, como parte mais frágil da relação, vê-se - muitas vezes - submetido a condições para execução dos serviços precárias com, por exemplo, duração de jornadas de trabalho superiores à delimitação constitucional, sendo uma das implicações o risco à saúde.

Assim, apesar de existir uma regulação destinada à proteção da saúde do trabalhador, conforme demonstrado, mesmo que sem vínculo empregatício, a sua efetivação está sendo dificultada - nas relações da *gig economy* - tendo em vista a ausência de uma legislação específica.

Assim, o desenvolvimento desse modelo econômico, em um cenário com a falta de regulamentação está significando, muitas vezes, uma precarização do trabalho, na medida em que afasta o trabalhador da execução de um labor com a regulação - conferida pelo Direito do Trabalho - aos empregados de salvaguarda da saúde física e mental.

Diante disso, é essencial haver a elaboração de instrumentos regulatórios das relações da *gig economy*, no Brasil, para que essa nova forma de desenvolvimento de trabalho respeite o direito à saúde dos cidadãos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila C. et al. **Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid- 19**. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, EDIÇÃO ESPECIAL – DOSSIÊ COVID-19, p. 1-21, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.33239/rjtdh.v.74>. Acesso em: 16 nov. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO SETOR DE BICICLETAS (ALIANÇA BIKE). **Pesquisa de perfil dos entregadores ciclistas de aplicativo**. São Paulo: Aliança bike, 2019. Disponível em: http://aliancabike.org.br/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_s2.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). **Trabalho na era digital: saúde e segurança ameaças pelo app**. In: _____. **Entre o Tripalium e a Revolução 4.0: saúde e segurança no trabalho**. FREITAS, Ana Maria Aparecida de; FARIAS, Fábio André de; CALDAS, Laura Pedrosa (Orgs.). Belo Horizonte: RTM, 2019, p. 233-253. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/artigos/30262-trabalho-na-era-digital-saude-e-seguranca-ameacadas-pelo-app#_ftn12. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

_____. **Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019**: Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo1. Acesso em: 23 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência. nº 164.544 - MG (2019/0079952-0)**. Suscitante: Juízo da 1ª vara do trabalho de Poços de Caldas – MG. Suscitado: Juízo de direito do juizado especial cível de Poços de Caldas – MG. Interes.: Denis Alexandre Barbosa e Uber do Brasil tecnologia ltda. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequ>

encial=1857953&num_registro=201900799520&data=20190904&formato=PDF.
Acesso em: 18 set. 2020.

____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de **Revista nº TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003**. Agravante: Ricardo Ramos de Sá. Agravada: Uber do Brasil tecnologia ltda. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ace750066abb32447598485e6cfcab3e>. Acesso em: 30 out. 2020.

____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-1000123-89.2017.5.02.0038**. Recorrentes: Uber do Brasil tecnologia ltda. e outros. Recorrido: Marcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/161644fb9673d0afe87b0e522a470272>. Acesso em: 30 out. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
COLLIER, Ruth B.; DUBAL, V. B.; CARTER, Christopher. **Labor platforms and gig work: The failure to regulate**. 2017. IRLE Working Paper No. 106-17. Disponível em: <http://irle.berkeley.edu/files/2017/Labor-Platforms-and-Gig-Work.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

DE STEFANO, Valerio. **The rise of the "just-in-time workforce": on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"**. International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. - Geneva: ILO, 2016. Conditions of work and employment series; No. 71). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Nº 2, 2007. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40/38>. Acesso em: 16 nov. 2020.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo; (Re)descobrimo o direito do trabalho: *gig economy*, uberização do trabalho e outras reflexões. In: _____. **Infoproletários e a Uberização do Trabalho: Direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades**. São Paulo: LTr, 2019. p. 13-20.

JAHN, Ricardo; BORGES, Gustavo. Saúde e segurança do trabalhador e “novas” relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 197. ano 45. p. 225-250. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

KALIL, Renan Bernardi. **Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-07082020-133545. Acesso em: 10 nov. 2020.

KELLER, Werner. **Direito do Trabalho e novas tecnologias**. São Paulo: Almedina, 2020.

KEMMELMEIER, Carolina Spack. Plataformas digitais de trabalho on demand e direito à saúde. In: _____. **Infoproletários e a Uberização do Trabalho**: Direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTr, 2019. p. 95-105.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PRASSL, Jeremias. **Human as a service**: The promise and perils of work in the gig economy. Oxford: Oxford University Press, 2018.

SIGNES, Adrián Todolí. Tradução: Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carsalade. O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demandeconomy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. In: _____. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**: A intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017. p. 28-43.

SILVA, Marcelo. **O desaparecimento dos empregos**. Palestra realizada no perfil Docentes Livres, 27 abr. 2009. (Palestra). Disponível em: (34) O Desaparecimento dos Empregos - YouTube. Acesso em: 26 nov. 2020.

STÜRMER, Gilberto; COIMBRA, Rodrigo. As novas tecnologias e o meio ambiente do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 192. ano 44. p. 123- 148. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018.

TRAMPO, Treta no. **Vídeo do post**. Instagram: Usuário @tretanotrampo.

A INSTABILIDADE NORMATIVA DA PARCELA GORJETA EM VIRTUDE DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO

Leonardo do Monte Silva¹

Marcelo de Barros Dantas²

RESUMO

No ano de 2017, o texto celetista passou a contar com uma extensa normatização da parcela trabalhista “gorjeta”, fruto de um longo trâmite legislativo, que culminou na Lei nº 13.419, de 2017, conhecida popularmente como “Lei da Gorjeta”. Contudo, em razão do processo legislativo brasileiro, por razões que serão expostas ao longo deste estudo, os dispositivos legais que tratavam sobre esta temática foram tacitamente revogados pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 2017). A Medida Provisória nº 808, de 2017, atenta a problemática existente, almejou corrigir essa atecnia, todavia, ao final de seu prazo constitucional, não foi convertida em lei, perdendo, conseqüentemente, a sua vigência. Novamente, a gorjeta estava despida de normatização legal, fazendo com que Medida Provisória nº 905, de 2019 surgisse no mundo jurídico para regulamentar o assunto, inserindo o art. 457-A na Consolidação das Leis do Trabalho. No ano de 2020, gerando uma maior insegurança jurídica, a Medida Provisória 905 foi revogada pela Medida Provisória nº 955, de 2020, o que resultou, mais uma vez, na ausência de uma regulamentação legal sobre a matéria.

Palavras-chave: Gorjetas. Processo legislativo. Insegurança jurídica. Ausência de regulamentação.

THE INSTABILITY OF THE TIP REGULATION AS A RESULT OF THE BRAZILIAN LEGISLATIVE PROCESS

ABSTRACT

¹ Advogado e Especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual do Trabalho. E-mail: <leonardodmss@gmail.com>

² Advogado e Professor Universitário. E-mail: <marcelobdantas@yahoo.com.br>

In 2017, the labor law started to have an extensive regulation of the “tip” labor portion, the result of a long legislative period, which culminated in Law 13,419 of 2017, popularly known as the “Tip Law”. However, due to the Brazilian legislative process, for reasons that will be exposed throughout this study, the legal provisions that deal with this issue were tacitly revoked by the Labor Reform (Law 13.467, of 2017). Provisional Measure 808 of 2017, attentive to the existing problem, tried to correct that error, however, at the end of its constitutional period, it wasn’t converted into law. Again, the tip didn’t have any regulation. So, the Provisional Measure 905 of 2019 deal with the subject, inserting art. 457-A in the labor law. In 2020, generating greater legal uncertainty, this Provisional Measure was recently revoked by Provisional Measure 955 of 2020, resulting, once again, in the absence of law on a matter.

Key words: Tip. Legislative process. Legal uncertainty. Absence of regulation.

Sumário: 1. Introdução. 2. O processo legislativo brasileiro. 3. Acepções gerais sobre a gorjeta. 4. Contribuição previdenciária e recolhimento para o FGTS. 5. Ordem cronológica legislativa da gorjeta. 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Com a publicação da Lei nº 13.467 de 2017, conhecida popularmente como “Reforma Trabalhista”, um dos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – o art. 457 –, que regulamentava em diversos parágrafos a parcela “gorjeta”, sofreu alteração substancial, modificação esta não intencional pelo legislador (em virtude do processo legislativo brasileiro), o que será demonstrado ao longo deste estudo.

Por ser uma verba recorrente nas relações comerciais e trabalhistas, e paga frequentemente, fazem-se imprescindíveis a análise e o estudo dessa parcela, porquanto compreendê-la significa saber seu âmbito de incidência e o seu reflexo, ou não, em outras parcelas trabalhistas, afetando a remuneração final do trabalhador.

Será analisado, de forma não exaustiva e sucinta, o processo legislativo pátrio, explorando seus procedimentos e trâmites, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, desde a fase de iniciativa do projeto de lei até a publicação final daquele dispositivo legal em construção. Somente com esse conhecimento do procedimento

legislativo será possível compreender os possíveis motivos pelos quais a antiga normatização legal da gorjeta ter sido extirpada do ordenamento jurídico.

Além disso, será analisada a natureza jurídica da parcela em questão, se salarial ou remuneratória, para, dessa forma, poder estabelecer e restringir as repercussões e os reflexos em outras parcelas trabalhistas. Após definida a sua natureza jurídica, será analisada a sua incidência ou não para a Previdência Social, bem como para fins de depósito no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Por fim, será apresentada a sua ordem cronológica legislativa (parte central deste estudo), demonstrando as possíveis razões da atual ausência de regulamentação legal da gorjeta, como também suas consequências práticas e jurídicas.

O presente trabalho realiza-se por meio de pesquisas bibliográficas, pela análise jurisprudencial e, principalmente, pelo exame do texto legal (CLT) sobre a temática em estudo.

2 O PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO

2.1. CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

A expressão “processo legislativo” pode ser compreendida como sendo um conjunto de disposições e de regras procedimentais, constitucional e regimentalmente previstas, que devem ser observadas pelo determinado órgão competente para a edição da espécie normativa pretendida. Moraes (2018, p. 894), conceituando a expressão, afirma que:

“O termo processo legislativo pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, *consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição*, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.” (grifos acrescentados)

É fundamental conhecer, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade formal ou material, a correta espécie normativa para uma determinada situação, na medida em que as espécies normativas irão moldar-se de acordo com a matéria objeto de regulamentação ou com o órgão competente para sua edição.

A título de exemplo, nos termos do art. 62, da Constituição Federal, de 1988 (CF/88), a Medida Provisória será editada pelo Presidente da República. A sua edição por qualquer outra entidade ou pessoa, que não por este ente, por mais especial que seja, estará maculada por um vício na fase de iniciativa, padecendo, portanto, de inconstitucionalidade formal.

É importante esclarecer que, conquanto existam diversas espécies normativas³, o objeto de estudo da presente pesquisa consistirá na análise do processo legislativo atinente à Lei Ordinária, ou seja, o processo legislativo ordinário, uma vez que tanto a Lei nº 13.467/17 como a Lei nº 13.419/17 (conhecida como “Lei da Gorjeta”), são ordinárias.

O processo legislativo ordinário, como a própria nomenclatura sugere, é aquele que deve ser observado no momento da elaboração das leis ordinárias. Uma de suas principais características consiste na ausência de prazos para os atos de votação e de deliberação (diferentemente do processo sumário, que apresenta prazo para que o Congresso Nacional delibere sobre o tema).

Em que pese seja mais moroso e extenso, a princípio, existe um maior espaço para a discussão da proposta, de modo a oportunizar um debate mais abrangente e proporcionar um amadurecimento da matéria.

Esse processo ordinário pode ser dividido em três fases, a saber: introdutória, constitutiva e complementar.

A fase introdutória é a fase de iniciativa. A iniciativa consiste em saber quem poderá dar início ao processo, ou seja, quem tem capacidade para deflagrá-lo. Consoante o art. 61, *caput*, da CF/88, a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos.

Além disso, com a identificação de quem tem legitimidade para deflagrar o processo legislativo, é possível definir qual será a Casa iniciadora/principal (Casa que primeiro analisa o projeto) e a Casa revisora (Casa que revisará o projeto). Consoante o art. 64, *caput*, da CF/88, por exemplo, a discussão e a votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais

³ As espécies normativas estão previstas constitucionalmente no art. 59, da CF/88.

Superiores terão início na Câmara dos Deputados. Logo, nessa hipótese, o Senado Federal será a Casa revisora e a Câmara dos Deputados será a Casa Iniciadora.

Na fase constitutiva, a seu turno, situam-se os atos de deliberação legislativa e de votação (nesse momento o projeto será discutido e votado nas duas Casas do Congresso Nacional) e de deliberação executiva (manifestação do Presidente da República por meio da sanção ou veto, caso aprovado nas duas Casas).

A fase complementar, por sua vez, compreende a promulgação e a publicação da lei. A promulgação é o ato pelo qual se atesta formalmente a existência da lei no ordenamento jurídico. Em regra, sua competência é do Chefe do Executivo. Conforme o art. 66, § 7º, da CF/88, se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

Já a publicação consiste em uma comunicação destinada a todos os cidadãos (com a inserção do texto promulgado no Diário Oficial), informando a existência da nova norma jurídica. Com a publicação da lei, esta torna-se obrigatória, e ninguém poderá alegar seu desconhecimento para não cumpri-la⁴.

2.2 PROCESSO LEGISLATIVO ORDINÁRIO DA LEI Nº 13.467/17

Após a exposição sucinta dos trâmites e procedimentos para a elaboração de uma lei ordinária, é possível, nesse momento, analisar as razões pelas quais a antiga normatização legal da parcela trabalhista gorjeta ter sido extinta do ordenamento jurídico, mais especificadamente, da CLT.

É importante esclarecer, preliminarmente, que o processo legislativo da Lei nº 13.467/17 será novamente suscitado e debatido em um momento posterior desse estudo, a fim de compreender a ordem cronológica legislativa da parcela em análise e de examinar a sua redação legal.

No dia 23 de dezembro de 2016, o projeto de lei (PL) nº 6.787/16, proposto pelo Poder Executivo, na época chefiado pelo ex-Presidente da República Michel Temer, foi apresentado à Câmara dos Deputados, posteriormente transformado na Lei Ordinária nº 13.467/17 (“Reforma Trabalhista”).

⁴ “Art. 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

Até a mencionada data, a Lei nº 13.419/17, conhecida como “Lei de Gorjeta”, ainda não existia no mundo jurídico, o que ocorreria apenas no dia 13 de março de 2017, conquanto já houvesse o PL nº 252/07 em tramitação. Observa-se, dessa forma, que não era possível constar do PL originário da Reforma Trabalhista os novos parágrafos do art. 457, da CLT, que tratavam sobre as gorjetas.

Todavia, no dia 12 de abril de 2017, ou seja, quase um mês após a vigência da Lei nº 13.419/17, foi apresentado o PL Substitutivo ao PL 6.787/16 originário, sendo aprovado em Plenário no dia 26 de abril de 2017 (quando o relator do projeto introduz alterações quase a alterá-lo integralmente, o novo texto ganhará o nome de “substitutivo”, também chamado de emenda substitutiva).

Durante o período de 18 de abril de 2017 a 24 de abril de 2017, houve, na Câmara dos Deputados, 457 propostas de emendas a esse substitutivo, sendo 15 delas pela modificação do art. 457, da CLT. Contudo, mesmo após a publicação da Lei de Gorjetas, nenhuma dessas propostas buscou modificar esse artigo para tratar da parcela em questão.

Com isso, restringindo-se puramente ao aspecto documental e por meio da constatação dos dados disponíveis no tocante aos trâmites dos projetos de lei em foco, nenhum parlamentar almejou corrigir o vício até então passível de correção, com a finalidade de incluir a nova regulamentação da parcela gorjeta (inexistente à época do PL originário) no substitutivo.

Um dos fatores que podem ter contribuído para a mencionada problemática reside na duração temporal de trâmite dos projetos. Comparando ambos os períodos, o PL 252/07 (gorjetas) durou 10 anos de tramitação – de 28 de fevereiro de 2007 a 13 de março de 2017, enquanto que o PL 6.787/16 (reforma trabalhista), apesar da complexidade e das inúmeras propostas de alterações legislativas, durou apenas 7 meses – 23 de dezembro de 2016 a 13 de julho de 2017⁵. É perceptível, dessa forma, o exíguo lapso temporal do PL da Reforma Trabalhista. Souto Maior (2019), criticando a Lei nº 13.467/17 e apontando da mesma maneira o curto tempo do PL, afirma que:

“A Lei n. 13.467/17, aproveitando-se do momento político, teve que ser aprovada de forma açodada e, claro, por mais que pudessem ser ‘espertos’ ou ‘geniais’ os seus elaboradores, não conseguiriam criar uma fórmula jurídica que se

⁵ É importante esclarecer que as novas regras que alteraram a CLT não entraram em vigor de imediato, uma vez que havia uma *vacatio legis* de 120 dias, o que ocorreu apenas no dia 11 de novembro do mesmo ano.

introduzisse no ordenamento jurídico e o destruiu completamente.” (grifos acrescidos)

Apenas com uma apressada leitura da Lei nº 13.467/17, atesta-se que os temas ali abordados são de extrema relevância prática e que impactarão diretamente nas vidas e nos direitos dos trabalhadores brasileiros. Nas palavras de Borges e Cassar (2017, p. 8):

“Tratar de uma reforma legislativa tão profunda, como é a trabalhista, pelos aspectos materiais e processuais, não é uma tarefa simples. A começar pela desconstrução de diversos institutos consagrados pela história brasileira. Mexeu-se com o coração do trabalhador, com os seus sentimentos, com a sua afetividade, com o seu bolso, com a sua vida social enfim. E o que é o pior: com uma legislação que é fruto de diversos casuísmos, não raro mostrando-se atécnica e irrefletida, desconsiderando o verdadeiro cenário da sociedade brasileira.” (grifos acrescidos)

Um eventual intervalo de tempo maior ao PL poderia propiciar um debate mais amplo, com um amadurecimento mais sensato da matéria, prevendo e discutindo eventuais efeitos para as relações trabalhistas, além de oportunizar uma correção à redação do art. 457, da CLT para abarcar novamente a parcela ora em estudo.

Ademais, além do curto espaço temporal para a aprovação do PL, outro fator que pode ter colaborado com o erro legislativo reside no elevado número de propostas de emendas ao projeto e ao substitutivo, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. Ao todo, foram 2.204 propostas de emendas: na Câmara, 883 propostas ao projeto e 457 propostas ao substitutivo; no Senado, 864 propostas.

Ora, pela excessiva quantidade de propostas de alterações, é notório que não havia um consenso sobre o projeto em debate, ou que, ao menos, havia um embate político à época, cada um pretendendo impor a sua vontade individual ou coletiva partidária em desfavor de um ou outro setor econômico específico. Quando o PL objetiva mudanças com um viés político, seu escopo final é deixado em segundo plano, na medida em que os reais afetados pela futura alteração legislativa seriam os trabalhadores “comuns” e não os parlamentares.

Em qualquer ramo do direito, quando se está diante de uma reforma legal, esta pressupõe, a princípio, uma melhoria do objeto reformado. Nesse sentido⁶,

⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A “reforma” trabalhista era para retirar direitos, reconhecem os “donos da bola”*. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-reforma-trabalhista-era-para-retirar-direitos-reconhecem-os-donos-da-bola>> Acesso em: 19 de jun. 2020.

“Uma reforma pressupõe identificação de problemas, avaliação das causas e formulação de proposições com projeções de resultados que sejam eficientes para a solução desses problemas, partindo de estudos, pesquisas e análises; e a ‘reforma’ trabalhista não atendia nenhum desses pressupostos, não passando, pois, de mera explicitação de poder de um setor muito específico da sociedade, um poder que, inclusive, se lhe apresentou de forma quase ilimitada no contexto da lógica antidemocrática instaurada.” (grifos acrescidos)

Em síntese, é inviável, ou até mesmo imprudente, apontar apenas determinados indivíduos ou grupos políticos, ou apenas uma causa específica, como sendo o fator principal desse respectivo erro no processo legislativo.

Embora não seja o caso do PL da reforma trabalhista, inúmeros outros projetos de lei ainda contêm outras propostas apensadas em si, o que pode dificultar o debate e a análise da norma final. São apensamentos de apensamentos, de apensamentos, e assim sucessivamente.

As centenas propostas de emendas parlamentares, os inúmeros projetos apensados, a celeridade na tramitação exigida pelo contexto econômico-político, enfim, tudo isso pode ter influenciado no resultado final daquele processo, positiva ou negativamente.

3. ACEPÇÕES GERAIS SOBRE A GORJETA

3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

De antemão, para fins de controle, a CLT determina que o empregador registre na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e no contracheque de seus empregados o salário fixo contratual e o percentual recebido a título de gorjeta. Eventual falta de anotação, isto é, o famigerado “pagamento por fora”, não irá descaracterizar a parcela:

“Art. 29, § 1º, da CLT. As anotações concernentes à remuneração devem especificar o salário, qualquer que seja sua forma de pagamento, seja ele em dinheiro ou em utilidades, bem como a estimativa da gorjeta. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)”

“[...] II - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PAGAMENTO “POR FORA”. GORJETAS. O Tribunal Regional, soberano na valoração dos elementos probatórios, entendeu que restou demonstrado o pagamento de gorjetas feito “por fora”, o que, segundo a Corte revisora, foi admitido pelos próprios prepostos das 1ª e 2ª reclamadas. [...] . Agravo de instrumento conhecido e desprovido, por fundamento diverso (Ag-AIRR-177-95.2015.5.02.0441, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 25/10/2019)” (grifos acrescidos).

Uma das definições do que vem a ser gorjeta pode ser encontrada no art. 457, § 3º, da CLT ao afirmar que “considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados”. No mesmo artigo, agora em seu *caput*, é disposto que “compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”. As gorjetas, então, são parcelas pagas por terceiros, e não pelo empregador. Segundo Martinez (2019):

“As gorjetas são *suplementos salariais* outorgados pelos clientes de uma empresa em favor dos seus empregados como *estímulo pecuniário* para a *manutenção de um bom atendimento*. Apesar de historicamente caracterizado pela *espontaneidade* (gorjeta diretamente concedida, sem registros ou formalidades), o suplemento salarial ora em análise, nos moldes do § 3º do art. 457 da CLT, *não perde a sua característica por ter sido cobrado como adicional nas contas* (gorjeta indiretamente concedida, mediante registro formal em nota de consumo e consequente filtragem pelo empregador).” (grifos acrescidos)

Constata-se, dessa forma, pela leitura do *caput* do artigo supracitado, quando é mencionado que “compreendem-se na remuneração do empregado”, que a gorjeta possui uma natureza remuneratória (e não salarial). No direito do trabalho, determinar se uma parcela é remuneratória ou salarial, ou seja, determinar qual é a natureza jurídica da parcela, implica restringir seu reflexo nas demais verbas trabalhistas – conforme será verificado na sequência, afetando, conseqüentemente, o valor final a ser pago ao trabalhador.

3.2 CARÁTER DE ESPONTANEIDADE OU DE OBRIGATORIEDADE

Analisada a sua conceituação legal, é necessário, nesse momento, definir se a gorjeta é uma contraprestação obrigatória ou facultativa.

Alguns estabelecimentos comerciais, bem como muitos consumidores, acreditam que sua cobrança e o seu pagamento, os 10% sobre o valor total da conta, são obrigatórios. Porém, nos termos da CLT, considera-se gorjeta tanto o valor cobrado pela empresa como a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado – enfatize-se a expressão “espontaneamente”. Tal prática, portanto, de cobrança compulsória não apresenta qualquer respaldo jurídico, podendo o consumidor, então,

recusar-se ao seu pagamento⁷. Mesmo após as Leis nº 13.419/17 e nº 13.467/17, além da manutenção de seu caráter facultativo, inexistente, legalmente, um percentual fixo para sua cobrança ou seu pagamento.

Utilizando-se ainda do ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) garante como sendo um direito do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços⁸, o que só ressalta o caráter facultativo da parcela.

3.3 DOS (NÃO) REFLEXOS EM OUTRAS PARCELAS

Estabelecido ser a gorjeta uma verba de natureza remuneratória (e não salarial), é precípua, nessa parte do estudo, compreender o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) a respeito da sua não incidência em outras verbas trabalhistas. Segundo esse colendo Tribunal:

*“Súmula nº 354, do TST – GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.
As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.” (grifos acrescentados)*

Para o TST, assim, as gorjetas não servem de base de cálculo para o aviso-prévio, o adicional noturno, as horas extras e o descanso semanal remunerado. Todas essas parcelas possuem como base de cálculo verbas salariais (parcelas pagas diretamente pelo empregador), e não verbas remuneratórias (o que envolve parcelas concedidas por terceiros).

⁷ “Deve-se afirmar, ressalte-se, que a cobrança da gorjeta na conta de consumo não vincula o cliente, pois, em relação a estes, ela é sempre facultativa. As convenções e acordos coletivos apenas obrigam os celebrantes. A regulamentação das gorjetas diz respeito tão somente à sua contabilização e incorporação à remuneração dos empregados, não obrigando os consumidores.” (CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. A nova regulamentação das gorjetas. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, Ano XXVII, n. 53, p. 140-141, mar. 2017)

⁸ “Art. 6º, CDC. São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. [...]

A base de cálculo do aviso-prévio é salário contratual do empregado no mês da rescisão, além de eventuais horas extraordinárias habituais ⁹.

O adicional noturno, por sua vez, possui como base de cálculo a hora diurna. Nos termos da CLT (art. 73, *caput*), o trabalho noturno terá remuneração superior a do diurno e terá um acréscimo de 20%, pelo menos, sobre a hora diurna (em outras palavras, sobre o salário hora normal), perceba:

“ADICIONAL NOTURNO. DIFERENÇAS. REFLEXOS. O *adicional noturno* é parcela assegurada ao trabalhador por força de previsão constitucional (artigo 7º, IX, da CF) e da legislação infraconstitucional (artigo 73 da CLT). *A parcela é calculada com base no valor da hora normal de trabalho*, o que significa que é composta de todas as parcelas de natureza salarial, acrescida do adicional de 20%. (TRT-10 - RO: 00013340920175100022 DF, Data de Julgamento: 20/02/2019, Data de Publicação: 26/02/2019)” (grifos acrescidos).

Para o cálculo das horas extraordinárias, semelhantemente, utiliza-se o valor da hora normal de trabalho do empregado, na qual é obtida pela divisão do salário e do número de horas trabalhadas durante o mês de prestação. Segundo o TST:

“*Súmula nº 264 do TST - HORA SUPLEMENTAR. CÁLCULO* (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.
A *remuneração do serviço suplementar* é composta do *valor da hora normal*, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa.” (grifos acrescidos)

No tocante ao repouso semanal remunerado (RSR), por seu turno, nos termos do § 2º do art. 7º, da Lei nº 605/49, a base de cálculo dessa parcela é valor do salário-dia do empregado, uma vez que a quantia correspondente ao RSR já está englobada no pagamento do salário quinzenal ou mensal:

“Art. 7º, da Lei 605/49. A remuneração do repouso semanal corresponderá:
a) para os que trabalham por dia, *semana, quinzena* ou *mês*, *à de um dia de serviço*, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas; (Redação dada pela Lei nº 7.415, de 09.12.85)
[...]
§ 2º Consideram-se *já remunerados* os *dias de repouso semanal* do empregado *mensalista ou quinzenalista* cujo cálculo de salário mensal ou quinzenal, ou cujos descontos por falta sejam efetuados na base do número de dias do mês ou de 30 (trinta) e 15 (quinze) diárias, respectivamente.” (grifos acrescidos).

⁹ “Art. 487, da CLT. [...] § 1º A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos *salários* correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço. [...] § 5º O valor das *horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado.*” (grifos acrescidos)

Além das parcelas indicadas na Súmula 354, do TST, mencionam-se ainda os adicionais de insalubridade e de periculosidade, na medida em que o primeiro incide sobre o salário mínimo¹⁰, enquanto que o segundo incide sobre o salário base (contratual)¹¹.

Ainda em virtude de sua natureza remuneratória, a gorjeta comporá a remuneração do empregado e servirá como base de cálculo para as férias, com o terço constitucional, e para o décimo terceiro salário (além de incidir para efeito de contribuição previdenciária e para os depósitos do FGTS):

“RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO-AUTOR. *GORJETAS*. REFLEXOS. *As gorjetas se incluem na remuneração do empregado* para todos os efeitos legais, como contraprestação do serviço, conforme dispõe o art. 457, *caput*, da CLT. Dessa forma, *seus reflexos devem incidir sobre férias +1/3, 13º salário e FGTS*. (TRT-17 - RO: 00016873920165170006, Relator: JOSÉ CARLOS RIZK, Data de Julgamento: 02/04/2019, Data de Publicação: 08/04/2019)”(grifos acrescidos).

“RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ANOTAÇÃO NA CTPS. A decisão do TRT foi proferida em estrita consonância com a Orientação Jurisprudencial n.º 82 da SBDI-1 do TST, que dispõe: ‘A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.’ Recurso se revista de que não se conhece. *GORJETAS*. REPERCUSSÕES EM OUTRAS PARCELAS. 1. A questão relativa à integração das gorjetas na remuneração do empregado está pacificada nesta Corte, por meio da Súmula n.º 354 do TST, que dispõe: ‘GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.’ 2. Nesses termos, *a determinação de integração das gorjetas nas férias mais 1/3, 13.º salário, e FGTS mais multa de 40%, está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, estando superadas eventuais decisões em contrário*. 3. Não obstante, a determinação de integração das gorjetas nas parcelas aviso prévio e repouso semanal remunerado, contraria a Súmula n.º 354 do TST. 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento parcial. [...]. (TST - RR: 655620115080003, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/06/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015)”(grifos acrescidos).

No caso do décimo terceiro (13º) salário, o legislador, no momento de normatizar este instituto, foi pontual na seleção das expressões “salário” e

¹⁰ “Art. 192, da CLT. O exercício de trabalho em condições *insalubres*, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) *do salário-mínimo da região*, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.” (grifos acrescidos)

¹¹ “Súmula n.º 191, I, do TST. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO (cancelada a parte final da antiga redação e inseridos os itens II e III) - Res. 214/2016, DEJT divulgado em 30.11.2016 e 01 e 02.12.2016. I - O adicional de periculosidade *incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais*.” (grifos acrescidos)

“remuneração”. Nos termos da Lei nº 4.090/62 e da Lei nº 4.749/65, na qual regulam o 13º:

“Art. 1º, 4.090/62. No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

[...]

Art. 3º, 4.090/62. Ocorrendo rescisão, sem justa causa, do contrato de trabalho, o empregado receberá a gratificação devida nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º desta Lei, calculada sobre a remuneração do mês da rescisão.” (grifos acrescidos)

“Art. 2º, 4.749/65. Entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano, o empregador pagará, como adiantamento da gratificação referida no artigo precedente, de uma só vez, metade do salário recebido pelo respectivo empregado no mês anterior.” (grifos acrescidos)

Desse modo, o 13º salário, conhecido também como gratificação natalina, detém como base de cálculo a remuneração devida ao empregado no mês de dezembro do ano correspondente. E, no caso de adiantamento da metade de seu valor entre os meses de fevereiro e novembro, é utilizado o salário do mês anterior.

Em relação às férias, sua base de cálculo é, em regra, a remuneração devida ao empregado na época da sua concessão (*caput* do art. 142, da CLT). É possível ainda ser a remuneração devida ao empregado na época da reclamação trabalhista ou, se for o caso, na época da extinção do contrato de trabalho, além de ser acrescida do terço constitucional¹²:

“Art. 142, CLT. O empregado perceberá, durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data da sua concessão. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977)”

“Súmula nº 7 do TST – FÉRIAS (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

A indenização pelo não-deferimento das férias no tempo oportuno será calculada com base na remuneração devida ao empregado na época da reclamação ou, se for o caso, na da extinção do contrato.” (grifos acrescidos).

“Súmula nº 328 do TST – FÉRIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

O pagamento das férias, integrais ou proporcionais, gozadas ou não, na vigência da CF/1988, sujeita-se ao acréscimo do terço previsto no respectivo art. 7º, XVII.” (grifos acrescidos).

¹² “Art. 7º, CF/88. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”.

Ademais, na hipótese de o empregado receber habitualmente gorjetas e autorizar prévia e expressamente o desconto na folha de pagamento para fins de contribuição sindical, esta corresponderá a 1/30 da importância que tiver servido de base, no mês de janeiro, para a contribuição do empregado à Previdência Social. A não inclusão dessa parcela em seu cálculo poderá ensejar a aplicação de multa:

“Art. 582, CLT. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

[...]

§ 2º Quando o salário for pago em utilidades, ou *nos casos em que o empregado receba, habitualmente, gorjetas*, a contribuição sindical corresponderá a 1/30 (um trinta avos) da importância que tiver servido de base, no mês de janeiro, para a contribuição do empregado à Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976)” (grifos acrescentados)

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. *MULTA POR NÃO INCLUSÃO DAS GORJETAS NO CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL*. 1. Nos termos do art. 582, § 2º, da CLT, estando comprovada a cobrança de gorjetas, *estas devem ser levadas em conta para o cálculo da contribuição sindical*. Legítima, portanto, a cobrança da multa(...). (TRF-1 - AC: 6922 DF 1998.34.00.006922-4, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOAO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 16/06/2003, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 10/07/2003 DJ p.64)” (grifos acrescentados)

4. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E RECOLHIMENTO PARA FGTS

Para fins de repercussões previdenciárias, uma das contribuições a cargo da empresa é o pagamento de 20% sobre o total das remunerações pagas aos empregados, durante o mês, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas percebidas:

“Art. 22, 8.212/91¹³¹⁴. A *contribuição a cargo da empresa*, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: I - *vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título*, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, *qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas*, os ganhos habituais sob a forma de utilidades (...). (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (grifos acrescentados)

¹³ O STF, no julgamento do RE 565.160-RG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (Tema 20 de Repercussão Geral), declarou este dispositivo constitucional, pois entendeu que a CF/88, mesmo antes da EC 20/98, exigiu apenas o critério de “habitualidade do pagamento” para definir o que integrará o salário para fins de contribuição previdenciária.

¹⁴ Em relação a esse dispositivo: “observe-se que a lei previdenciária dispõe que a base de cálculo da contribuição previdenciária são os rendimentos pagos, devidos ou creditados. Assim, *mesmo que a parcela não tenha sido efetivamente paga, estando ela devida, há a necessidade de recolhimento de contribuição previdenciária*.” (KERTZMAN, p. 135-165, 2012)

As gorjetas também compõem o salário de contribuição do empregado (valor de referência para base de incidência das alíquotas para as contribuições):

“Art. 28, 8.212/91¹⁵. Entende-se por *salário-de-contribuição*: I - para o empregado e trabalhador avulso: a *remuneração auferida em uma ou mais empresas*, assim entendida a *totalidade dos rendimentos pagos*, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, *inclusive as gorjetas*, os ganhos habituais sob a forma de utilidades (...); (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)” (grifos acrescidos)

No tocante à sua repercussão para o FGTS, além de a legislação desse instituto ser específica sobre o assunto, há ainda jurisprudência consolidada do TST:

“Art. 15, 8.036/90. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da *remuneração* paga ou devida, *no mês anterior*, a cada trabalhador, incluídas na *remuneração* as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT (...)” (grifos acrescidos)

“*Súmula nº 63 do TST – FUNDO DE GARANTIA* (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

A *contribuição* para o *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço* incide sobre a *remuneração mensal devida ao empregado*, inclusive horas extras e adicionais eventuais.” (grifos acrescidos)

Tanto a contribuição previdenciária quanto o recolhimento ao FGTS são obrigações a cargo do empregador, ou seja, não caberá ao empregado tais incumbências.

Quando a empresa, ilícita ou negligentemente, não promove a integração das gorjetas à remuneração, além de acarretar a redução dos valores no recebimento dos futuros benefícios para o empregado, haverá, igualmente, um recolhimento a menor de contribuição previdenciária, o que afetará a Administração Pública (e, por conseguinte, a coletividade).

Da mesma maneira acontece com os depósitos para FGTS, isto é, caso o empregador não incorpore as gorjetas à remuneração, a base de cálculo do depósito mensal será inferior ao corretamente devido, comprometendo, novamente, o empregado para fins de futuro saque e a sociedade para a manutenção do sistema.

5. ORDEM CRONOLÓGICA LEGISLATIVA DA GORJETA

¹⁵ No mesmo sentido é o art. 214, inciso I, do Decreto 3.048/99.

Inicialmente, é precípua explanar algo de antemão. Toda e qualquer legislação do ordenamento jurídico brasileiro está disponível e pode ser acessada pelo *site* oficial do Planalto¹⁶. Assim, eventual pesquisa a uma normatização legal deve ser feita, preferencialmente, através desse espaço.

Quando se consulta uma determinada legislação nessa página oficial, em seu interior, é possível visualizar, por exemplo, todo o seu texto legal com os dispositivos originais, revogados ou alterados, bem como menções a outras legislações.

Em relação às alterações aos dispositivos legais, o *site* opta pela seguinte sistematização: exposição da redação pretérita de forma tachada e, na sequência, a norma com a nova redação, seguida de uma indicação de qual ato normativo (lei, medida provisória ou decreto) a alterou (por meio de um *hiperlink*¹⁷).

Contudo, não é possível mais visualizar, nessa página oficial, como se portava o texto antigo sem a tachação, ou seja, a legislação nova agora sempre estará lá presente e o texto pretérito estará sempre tachado, porquanto não mais existente no ordenamento jurídico.

Em razão do exposto, durante este capítulo objeto de estudo, serão utilizados referências a *links* do *site* “<https://archive.org>” (conhecido como *WayBack Machine* ou *Web Archive*). O *website* em questão permite que se observe como determinados endereços eletrônicos encontravam-se em datas específicas. Assim, será possível constatar, com mais facilidade, de que forma se portava o texto celetista em datas pontuais, isto é, sem a taxação e/ou sem a nova redação.

5.1 LEI 13.419/17: “Lei das gorjetas”

No dia 28 de fevereiro de 2007, o ex-Deputado Gilmar Machado apresentou à Câmara dos Deputados o PL 252/07. Como já estudado, a iniciativa para apresentação de projetos de lei por parlamentares tem previsão constitucional (art. 61, CF/88).

¹⁶ <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>

¹⁷ “*Link* ou *Hiperlink* é um texto colorido e/ou sublinhado ou elemento gráfico em que o usuário clica para ir para uma página HTML na Internet. Resumidamente, links estabelecem ligações/vínculos entre endereços na Web ou a elos (pontes de ligação) entre documentos.” (Disponível em: <https://www.cursosdeinformaticabasica.com.br/o-que-e-link-hiperlink/>. Acesso em 02 nov. 2019.)

Em 13 de março de 2017, ou seja, pouco mais de 10 anos, foi promulgada a Lei Ordinária nº 13.419/17 (conhecida como “Lei de Gorjeta”), fruto do PL mencionado, que alterou a redação do art. 457 do texto celetista.

Anteriormente à referida lei, esse artigo albergava apenas o *caput* e três parágrafos apresentando-se da seguinte forma¹⁸:

“Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 2º Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada a distribuição aos empregados. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)”.

Com as alterações promovidas pela Lei nº 13.419/17, o art. 457 sofreu alteração em seu § 3º e houve a inclusão dos §§ 4º ao 11, passando a portar-se da seguinte maneira¹⁹:

“Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 2º Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados. (Redação dada pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 4º A gorjeta mencionada no § 3º não constitui receita própria dos empregadores, destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo critérios de custeio e de rateio definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 5º Inexistindo previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos §§ 6º e 7º deste artigo serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma do art. 612 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº

¹⁸ https://web.archive.org/web/20170310141344/planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

¹⁹ https://web.archive.org/web/20170517132239/planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

13.419, de 2017)

§ 6º As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão: *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)*

I - para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador; *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)*

II - para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador; *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)*

III - anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta. *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)*

§ 7º A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros do § 6º deste artigo. *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)*

§ 8º As empresas deverão anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente aos últimos doze meses. *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)*

§ 9º Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho. *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)*

§ 10. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim. *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)*

§ 11. Comprovado o descumprimento do disposto nos §§ 4º, 6º, 7º e 9º deste artigo, o empregador pagará ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) da média da gorjeta por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados em qualquer hipótese o contraditório e a ampla defesa, observadas as seguintes regras: *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)*

I - a limitação prevista neste parágrafo será triplicada caso o empregador seja reincidente; *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)*

II - considera-se reincidente o empregador que, durante o período de doze meses, descumpra o disposto nos §§ 4º, 6º, 7º e 9º deste artigo por mais de sessenta dias. *(Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017).*" (grifos acrescidos)

Além da manutenção da natureza jurídica da parcela (remuneratória), inúmeros outros tópicos passaram a ter uma normatização legal. O art. 457 tratava naquele momento de percentuais de retenção, critérios de rateio e distribuição, consequências pela cessação de sua cobrança, constituição de comissão de empregados, previsão de

multa em caso de descumprimento de certos dispositivos, entre outros. Enfim, depreende-se da leitura das regras acima que a gorjeta assegurara, à época, uma regulamentação completa, capaz de reger as relações quotidianas.

5.2 LEI 13.467/17: “Reforma trabalhista”

Poucos meses após a publicação da Lei nº 13.419/17, a famigerada reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17) foi publicada. Nos termos desta lei:

“Art. 1º, 13.467/17. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

‘Art. 457.

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

.....
 § 4º Consideram-se *prêmios* as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades’ (NR) (grifos acrescentados)

Conforme já explanado em momento anterior, no dia 23 de dezembro de 2016, o PL 6.787/16 foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo e, posteriormente, transformado na Lei Ordinária nº 13.467/17. Até aquela data, a Lei nº 13.419/17 ainda não havia sido publicada, sendo impossível, assim, que constasse do PL originário da reforma trabalhista os novos parágrafos do art. 457, da CLT, acrescentados pela Lei de Gorjeta.

No entanto, mesmo após a publicação da Lei nº 13.419/17, nem o PL da reforma trabalhista originário e nem o PL substitutivo sofreram alterações para a inclusão das novas disposições, por prováveis motivos também já analisados.

Desse modo, o legislador acreditava que o art. 457 da CLT ainda se formava pelo *caput* e seus três parágrafos (redação anterior à Lei nº 13.419/17), não tendo conhecimento, portanto, da alteração do seu § 3º e da inclusão dos §§ 4º ao 11.

Então, o art. 457 sofreria, equivocadamente, três alterações: modificação dos §§ 1º e 2º, uma suposta inclusão de um § 4º e a manutenção da redação do *caput* e do § 3º

(visualizados pela utilização do tracejado/reticências/linha pontilhada indicando a permanência do dispositivo legal).

Ao final da redação do § 4º, visualiza-se que legislador inseriu a expressão “NR” entre parênteses. Nos termos da LC 95/98, na qual dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da CF/88:

“Art. 12, LC 95/98. A alteração da lei será feita:

[...]

III - nos demais casos, por meio de *substituição*, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras:

[...]

d) é admissível a *reordenação interna das unidades em que se desdobra o artigo*, identificando-se o artigo assim modificado por alteração de redação, *supressão ou acréscimo com as letras ‘NR’ maiúsculas, entre parênteses, uma única vez ao seu final*, obedecidas, quando for o caso, as prescrições da alínea ‘c’. (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001) (grifos acrescentados)

A sigla “NR” significa “Nova Redação”. Conseqüentemente, a nova redação do art. 457 da CLT, de maneira errônea ou não, deveria ser formada pelo *caput* e o § 3º inalterados, pelos §§ 1º e 2º modificados e pelo novo § 4º, bem como deveriam ser revogados os §§ 5º ao 11. Somente esses dispositivos deveriam constar do artigo. Entretanto, no site do planalto²⁰, o art. 457 passou a constar da seguinte maneira:

“Art. 457, CLT. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados. (Redação dada pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 5º Inexistindo previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, os

²⁰https://web.archive.org/web/20171115122917/http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos §§ 6º e 7º deste artigo serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma do art. 612 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 6º As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão: (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

I - para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador; (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

II - para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador; (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

III - anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 7º A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros do § 6º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 8º As empresas deverão anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente aos últimos doze meses. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 9º Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 10. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 11. Comprovado o descumprimento do disposto nos §§ 4º, 6º, 7º e 9º deste artigo, o empregador pagará ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) da média da gorjeta por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados em qualquer hipótese o contraditório e a ampla defesa, observadas as seguintes regras: (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

I - a limitação prevista neste parágrafo será triplicada caso o empregador seja reincidente; (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

II - considera-se reincidente o empregador que, durante o período de doze meses, descumpra o disposto nos §§ 4º, 6º, 7º e 9º deste artigo por mais de sessenta dias (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017). (grifos acrescentados)

A página oficial do texto celetista criara outra confusão (além do erro legislativo). Ora, se ao final da redação do § 4º, na Lei nº 13.467/17, o legislador inseriu a sigla “NR”, é porque o artigo passaria a ter aquela nova redação designada, devendo prever apenas quatro parágrafos, o que não ocorreu pela análise da redação acima. No texto celetista, constavam ainda os parágrafos 5º ao 11.

Então, surge a seguinte indagação: os parágrafos 5º ao 11 foram realmente revogados? Pela redação da Lei nº 13.467/17, a resposta é afirmativa, embora não tenha sido esse o desejo do legislador. A título ilustrativo, o art. 457, da CLT dever-se-ia apresentar da seguinte forma:

“Art. 457, CLT. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados. (Redação dada pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 5º (REVOGADO). (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 6º (REVOGADO). (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 7º (REVOGADO). (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 8º (REVOGADO). (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 9º (REVOGADO). (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 10. (REVOGADO). (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 11. (REVOGADO). (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017).

O Poder Executivo, atento a situação ocorrida, com o intuito de corrigir os vícios mencionados, optar por editar a Medida Provisória (MP) nº 808/17.

5.3 MEDIDA PROVISÓRIA 808, DE 2017

Com fundamento no art. 62, da CF/88, o ex-Presidente da República, Michel Temer, editou a MP nº 808/17 com o objetivo de alterar a CLT. O art. 457 da CLT foi

novamente alvo de alteração legislativa. A MP em questão alterou os parágrafos 1º e 2º e incluiu os parágrafos 12 ao 23. Sua redação no *site* do Planalto passou a ser a seguinte²¹:

“Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e de função e as comissões pagas pelo empregador. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, limitadas a cinquenta por cento da remuneração mensal, o auxílio-alimentação, vedado o seu pagamento em dinheiro, as diárias para viagem e os prêmios não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de encargo trabalhista e previdenciário. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados. (Redação dada pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 5º Inexistindo previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos §§ 6º e 7º deste artigo serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma do art. 612 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 6º As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão: (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

I - para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador; (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

II - para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador; (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

III - anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 7º A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros do § 6º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 8º As empresas deverão anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente

²¹https://web.archive.org/web/20171118063426/http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

aos últimos doze meses. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 9º Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 10. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 11. Comprovado o descumprimento do disposto nos §§ 4º, 6º, 7º e 9º deste artigo, o empregador pagará ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) da média da gorjeta por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados em qualquer hipótese o contraditório e a ampla defesa, observadas as seguintes regras: (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

I - a limitação prevista neste parágrafo será triplicada caso o empregador seja reincidente; (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

II - considera-se reincidente o empregador que, durante o período de doze meses, descumpra o disposto nos §§ 4º, 6º, 7º e 9º deste artigo por mais de sessenta dias. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 12. A gorjeta a que se refere o § 3º não constitui receita própria dos empregadores, destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo os critérios de custeio e de rateio definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 13. Se inexistir previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos § 14 e § 15 serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma estabelecida no art. 612. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 14. As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão: (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

I - quando inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até vinte por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

II - quando não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até trinta e três por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; e (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

III - anotar na CTPS e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 15. A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros estabelecidos no § 14. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 16. As empresas anotarão na CTPS de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente aos últimos doze meses. *(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)*

§ 17. Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, a qual terá como base a média dos últimos doze meses, sem prejuízo do estabelecido em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. *(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)*

§ 18. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim. *(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)*

§ 19. Comprovado o descumprimento ao disposto nos § 12, § 14, § 15 e § 17, o empregador pagará ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a um trinta avos da média da gorjeta por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados, em qualquer hipótese, o princípio do contraditório e da ampla defesa. *(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)*

§ 20. A limitação prevista no § 19 será triplicada na hipótese de reincidência do empregador. *(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)*

§ 21. Considera-se reincidente o empregador que, durante o período de doze meses, descumprir o disposto nos § 12, § 14, § 15 e § 17 por período superior a sessenta dias. *(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)*

§ 22. Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador, até duas vezes ao ano, em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro, a empregado, grupo de empregados ou terceiros vinculados à sua atividade econômica em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades. *(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)*

§ 23. Incidem o imposto sobre a renda e quaisquer outros encargos tributários sobre as parcelas referidas neste artigo, exceto aquelas expressamente isentas em lei específica. *(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)* (grifos acrescidos)

Em sua exposição de motivos²², é afirmado que “se busca corrigir alteração inadequada, não intencional, promovida pela Lei 13.467/17, no que diz respeito às gorjetas, que não constituem receita própria dos empregadores [...]” Ora, se já constavam da página oficial do texto celetista as disposições da gorjeta (que deveriam ter sido revogadas), por qual razão, então, regulamentar a matéria de forma semelhante? A resposta para essa indagação é simples: os parágrafos 5º ao 11 estavam sim revogados, em que pese a não tachação no *site* do Planalto. A MP, portanto, não regulamentou novamente a matéria, pois seu escopo era o retorno dos dispositivos da Lei nº 13.419/17, com alterações mínimas, que foram revogados por erro legislativo.

²² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-808-17.pdf

É possível notar ainda outra problemática na página oficial à época. Os parágrafos 5º ao 11 ainda não se apresentavam como revogados, permanecendo, concomitantemente, os parágrafos 12 ao 23 e 5º ao 11 (todos normatizando a mesma matéria).

5.4 REDAÇÃO DO ART. 457, DA CLT PÓS VIGÊNCIA DA MP 808/17

No dia 23 de abril de 2018, a MP nº 808/17 teve sua vigência encerrada (vigeu de 14/11/2017 a 23/04/2018). Por não ter sido convertida em lei (art. 62, § 3º, CF/88), o texto celetista foi restaurado ao *status quo ante*. Transcreve-se na sequência a redação atual do art. 457 mantendo-se, inclusive, os artigos objetos de revogação – aqueles tachados após a Reforma Trabalhista e pela perda da vigência da MP:

“Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

~~§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)~~

~~§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e de função e as comissões pagas pelo empregador. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)~~

~~§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)~~

~~§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, limitadas a cinquenta por cento da remuneração mensal, o auxílio-alimentação, vedado o seu pagamento em dinheiro, as diárias para viagem e os prêmios não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de encargo trabalhista e previdenciário. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)~~

~~§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados. (Redação dada pela Lei nº 13.419, de 2017)~~

~~§ 4º A gorjeta mencionada no § 3º não constitui receita própria dos empregadores, destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo~~

critérios de custeio e de rateio definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

~~§ 5º Inexistindo previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos §§ 6º e 7º deste artigo serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma do art. 612 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)~~

§ 6º As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão: (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

I – para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador; (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

II – para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador; (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

III – anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 7º A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros do § 6º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 8º As empresas deverão anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente aos últimos doze meses. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 9º Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 10. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 11. Comprovado o descumprimento do disposto nos §§ 4º, 6º, 7º e 9º deste artigo, o empregador pagará ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) da média da gorjeta por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados em qualquer hipótese o contraditório e a ampla defesa, observadas as seguintes regras: (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

I – a limitação prevista neste parágrafo será triplicada caso o empregador seja reincidente; (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)

~~II — considera-se reincidente o empregador que, durante o período de doze meses, descumpra o disposto nos §§ 4º, 6º, 7º e 9º deste artigo por mais de sessenta dias. (Incluído pela Lei nº 13.419, de 2017)~~

~~§ 12. A gorjeta a que se refere o § 3º não constitui receita própria dos empregadores, destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo os critérios de custeio e de rateio definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 13. Se inexistir previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos § 14 e § 15 serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma estabelecida no art. 612. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 14. As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão: (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~I — quando inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até vinte por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~II — quando não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até trinta e três por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; e (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~III — anotar na CTPS e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 15. A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros estabelecidos no § 14. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 16. As empresas anotarão na CTPS de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente aos últimos doze meses. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 17. Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, a qual terá como base a média dos últimos doze meses, sem prejuízo do estabelecido em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 18. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 19. Comprovado o descumprimento ao disposto nos § 12, § 14, § 15 e § 17, o empregador pagará ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a um trinta avos da média da gorjeta por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados, em qualquer hipótese, o princípio do~~

~~contraditório e da ampla defesa. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 20. A limitação prevista no § 19 será triplicada na hipótese de reincidência do empregador. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 21. Considera-se reincidente o empregador que, durante o período de doze meses, descumprir o disposto nos § 12, § 14, § 15 e § 17 por período superior a sessenta dias. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 22. Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador, até duas vezes ao ano, em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro, a empregado, grupo de empregados ou terceiros vinculados à sua atividade econômica em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)~~

~~§ 23. Incidem o imposto sobre a renda e quaisquer outros encargos tributários sobre as parcelas referidas neste artigo, exceto aquelas expressamente isentas em lei específica. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada) (grifos acrescentados)~~

Portanto, o atual art. 457, da CLT contém apenas o *caput* e quatro parágrafos: o *caput* com redação desde 1953, os §§ 1º, 2º e 4º alterados pela Lei nº 13.467/17 e o § 3º alterado pela Lei nº 13.419/17.

Imediatamente após a redação dos §§ 12 ao 23 é possível visualizar que a expressão “vigência encerrada” encontra-se introduzida ao final de todos eles, porquanto são os dispositivos que perderam a vigência em razão da perda da eficácia da MP nº 808/17.

Contudo, no tocante aos §§ 5º ao 11, se a Lei nº 13.467/17 os revogou, seja tácita ou expressamente, deveria constar após cada um desses dispositivos a expressão “Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017” (consoante já sugerido em momento oportuno), o que não se observa pela leitura da atual redação, que não faz qualquer menção à qual dispositivo legal foi responsável pela revogação.

Pelo acompanhar atento do *site* do Planalto, percebe-se, após toda a explanação apresentada, que, na prática, quem acabou revogando os §§ 5º ao 11 foi a MP nº 808/17, e não a Lei nº 13.467/17, uma vez que a tachação dos dispositivos só apareceu após a perda da vigência da MP (conquanto não seja a realidade teórica, haja vista que foi a Lei nº 13.467/17 quem revogou tais dispositivos).

Atualmente, uma Medida Provisória não pode revogar por tempo indefinido uma Lei, pois somente após a sua conversão é que poderá ocorrer a revogação. Portanto, “a medida provisória, dada sua eficácia imediata, não revoga a lei anterior, ocorre,

repita-se, a paralisação temporária, a suspensão da vigência e eficácia da lei” (Carvalho, 2010)²³.

É preciso destacar ainda o posicionamento de Delgado²⁴. Segundo esse renomado autor, os preceitos relacionados ao tema das gorjetas constantes do art. 457 do texto celetista não foram revogados pela Reforma Trabalhista, estando, dessa forma, em plena vigência e eficácia:

“Ora, o art. 9º da Lei Complementar n. 95, de 26.2.1998 [...] determina, de modo enfático, que a ‘cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas’ (grifo nosso). *Ora, no caso vertente, o artigo específico da Lei n. 13.467/2017 direcionado à revogação de preceitos legais (art. 5º, como enfatizado) não faz qualquer menção à revogação desses sete parágrafos inseridos pela Lei n. 13.419/2017 no interior do art. 457 da CLT. Entretanto, faz menção expressa a diversos outros preceitos revogados dentro da CLT (além de outros fora da Consolidação). Por essa razão, os preceitos relacionados ao tema das gorjetas constantes do art. 457 da Consolidação (ou seja, caput e §§ 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 11º) não foram revogados pela Lei da Reforma Trabalhista, estando, sim, em plena vigência e eficácia jurídicas.*” (grifos acrescidos)

Data venia, conquanto tenha ocorrido um erro no processo legislativo quando da promulgação da Reforma Trabalhista e, embora aparentemente não tenha sido a vontade do Legislativo, isso não desconfigura a revogação dos dispositivos. Se a nova redação (NR) do artigo passa aquela desejada pelo legislador, então o texto celetista deve adequar-se a legislação posterior.

Em relação ao primeiro argumento utilizado pelo autor (não menção no art. 5º, da Lei nº 13.467/17 à revogação dos sete parágrafos inseridos pela Lei nº 13.419/17), não é pressuposto necessário para a revogação de uma lei a manifestação expressa em outro dispositivo por esse desejo, uma vez que pode ocorrer uma revogação tácita.

Contudo, é importante destacar que não foi uma revogação tácita como nos moldes do art. 2º, § 1º, da LINDB (“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”). A revogação tácita em questão foi

²³ É importante salientar que uma MP poderia revogar uma lei “definitivamente” no período anterior à Emenda Constitucional 32, de 2001. Nos termos do art. 2º desta EC, “as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.” Portanto, em princípio, pode existir ainda um determinado dispositivo revogado por MP editada no ano 2001, por exemplo, já que ainda está em vigor.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

uma “revogação por atecnia no processo legislativo” (expressão criada por estes autores).

5.5 MEDIDA PROVISÓRIA 905, DE 2019 E MEDIDA PROVISÓRIA 955, DE 2020

No dia 11 de novembro de 2019 foi publicada a MP nº 905, de 2019²⁵, que instituiu o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo e alterou outros dispositivos legais. O art. 28 desta MP (aquele responsável por alterar o texto celetista) acrescentou o art. 457-A na CLT, que dispõe:

“Art. 28. A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Gorjetas

Art. 457-A. A gorjeta não constitui receita própria dos empregadores, mas destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo critérios de custeio e de rateio definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Produção de efeitos

§ 1º Na hipótese de não existir previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e de distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos § 2º e § 3º serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma prevista no art. 612.

§ 2º As empresas que cobrarem a gorjeta deverão inserir o seu valor correspondente em nota fiscal, além de:

I - para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até vinte por cento da arrecadação correspondente, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, a título de ressarcimento do valor de tributos pagos sobre o valor da gorjeta, cujo valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

II - para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até trinta e três por cento da arrecadação correspondente para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas, derivados da sua integração à remuneração dos empregados, a título de ressarcimento do valor de tributos pagos sobre o valor da gorjeta, cujo valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; e

III - anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta.

§ 3º A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá os seus critérios definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros estabelecidos no § 2º.

§ 4º As empresas deverão anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referentes aos últimos doze meses.

§ 5º Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata este artigo, desde

²⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm#art53%C2%A71

que cobrada por mais de doze meses, esta se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, exceto se estabelecido de forma diversa em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

§ 6º Comprovado o descumprimento do disposto nos § 1º, § 3º, § 4º e § 6º, o empregador pagará ao empregado prejudicado, a título de pagamento de multa, o valor correspondente a um trinta avos da média da gorjeta recebida pelo empregado por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados em qualquer hipótese os princípios do contraditório e da ampla defesa (NR).”

Identifica-se novamente (além da MP nº 808/17) que foi instituída outra medida pelo Poder Executivo, a fim de resgatar a pretérita normatização legal da gorjeta, havendo apenas certas modificações pontuais em relação à antiga redação.

No caso do percentual de retenção da parcela pelos empregadores, não mais existia a necessidade de constar a previsão em ACT ou CCT. Perceba o texto pretérito da MP nº 808/17:

“§ 6º As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão:

I - para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, *mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho*, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas [...];

II - para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, *mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho*, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas [...].” (grifos acrescidos)

Além disso, o dispositivo que regulamentava a comissão de empregados para o acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta, em que os representantes gozavam de garantia de emprego, não foi reproduzido no texto da MP nº 905/19.

Foi extinta também a previsão de incidência triplicada da multa em caso de reincidência pelo empregador em razão do descumprimento dos preceitos da gorjeta. Nos termos da MP nº 808/17: “§ 20. A limitação prevista no § 19 será *triplicada* na hipótese de *reincidência do empregador*. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017).”

Ademais, destaca-se ainda que, pela redação do art. 53, inciso III²⁶, da MP nº 905/19, este dispositivo entrara em vigor (no tocante ao art. 28) na data de sua publicação. Contudo, no mesmo artigo, em seu § 1º, é prevista a seguinte disposição:

“Art. 53. [...]”

§ 1º Esta Medida Provisória *produzirá efeitos*:

I - quanto ao disposto no art. 9º, no art. 12, no art. 19, no art. 20, no art. 21, no art. 25, no art. 26, *no art. 28 na parte em que altera o art. 457 e o art. 457-A da Consolidação das Leis do Trabalho*, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de

²⁶ “Art. 53. Esta Medida Provisória entra em vigor: [...] III - na *data de sua publicação*, quanto aos *demais dispositivos*.” (grifos acrescidos)

1943, no art. 48 na parte em que altera o art. 2º da Lei nº 10.101, de 2000, *somente quando atestado, por ato do Ministro de Estado da Economia, a compatibilidade com as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias e o atendimento ao disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e aos dispositivos da Lei de Diretrizes Orçamentárias relacionados com a matéria;[...]* (grifos acrescidos)

Assim, embora a MP estivesse em vigor, a “nova” regulamentação da gorjeta não produzia efeitos, porquanto, naquele momento e durante toda a vigência da referida MP, não foi atestada, por ato do Ministro de Estado da Economia, a compatibilidade descrita acima, carecendo, portanto, de aplicabilidade e de razão de existir.

No dia 20 de abril de 2020 entrou em vigência a MP nº 955/20²⁷, com o objetivo único de revogar a MP nº 905/19. Em sua exposição de motivos, é afirmado que se propõe a revogação da MP 905/19 em face da exiguidade do prazo para o Senado Federal apreciá-la antes da sua respectiva perda de vigência.

Certamente é um tanto duvidosa a constitucionalidade de tal artifício. Nos termos do § 10 do art. 62, da CF/88: “é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.” Talvez, o Chefe do Executivo Federal, com receio da caducidade da MP, tenha editado outra MP para não se enquadrar nessa possibilidade, afinal a argumentação que será utilizada é a de que foi ele quem revogou o dispositivo anterior, sendo possível então, a princípio, a reedição de uma nova MP sobre o mesmo tema na mesma sessão legislativa (manobra certamente inconstitucional).

Com fim da MP nº 905/19, o art. 457-A, até então presente provisoriamente na CLT, mas que destituída de aplicabilidade, deixa de existir no mundo jurídico, e a gorjeta, novamente, carece de uma regulamentação legal.

5.6 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E CONJUNÇÃO FUTURA DA GORJETA

Há ainda um outro aspecto merecedor de maiores explicações.

Primeiramente, após longos anos de tramitação do PL 252/07, a parcela gorjeta passou a ter uma ampla regulamentação no texto celetista (pela Lei nº 13.419/17), sendo agora um direito dos trabalhadores.

²⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv955.htm

Entretanto, essa normatização não perdurou por muito tempo (revogação tácita pela Lei nº 13.467/17). Logo em seguida, a MP nº 808/17 buscou restaurar esse direito previsto anteriormente, proporcionando outra vez uma regulamentação para a parcela. No entanto, a MP, também com um período exíguo de duração, perdeu sua vigência. Na sequência, recentemente, surgiu a MP nº 905/19 para normatizá-la novamente, que perdeu também sua vigência por outra MP (955/20).

Atesta-se, dessa maneira, a total ausência de segurança jurídica: o trabalhador desfrutava de um direito legalmente previsto, que foi tacitamente revogado por um erro legislativo, na qual foi recuperado por uma Medida Provisória, que rapidamente perdeu vigência, e que foi restaurado outra vez por outra MP, que também perdeu sua vigência por revogação de outra MP. Então surge a indagação: o empregado atualmente detém esse direito? A resposta a essa indagação pode ser encontrada pela leitura conjugada dos parágrafos § 3º e 11 do art. 62, da CF/88:

“Art. 62, CF/88.

[...]

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, *devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes*. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

[...]

§ 11. *Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas*. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) [...].” (grifos acrescidos)

Como não houve a edição do Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da MP nº 808/17 (entre 14/11/2017 a 23/04/2018) e da MP nº 905/19 (12/11/19 a 20/04/2020) serão conservadas²⁸. Assim, o que deveria ser um direito “permanente” do empregado em virtude de lei, não é. Passou a ser um direito garantido apenas provisoriamente e em um curto lapso temporal, não sendo possível agora atingir novos trabalhadores (pelo menos não em virtude de lei).

²⁸ Segundo Moraes (2018), “a Constituição permite, de forma excepcional e restrita, a permanência dos efeitos *ex nunc* de medida provisória expressa ou tacitamente rejeitada, sempre em virtude de inércia do Poder Legislativo em editar o referido Decreto Legislativo”.

Além disso, é importante destacar que caso o trabalhador desfrute da gorjeta pela inserção de uma cláusula em seu contrato de trabalho, em virtude da aderência, aquele não poderá deixar de percebê-la, porquanto possui uma aderência absoluta (direito adquirido). Afinal, só é lícita a alteração dos contratos individuais de trabalho por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia²⁹.

Um outro recurso que pode ser utilizado para a recomposição da parcela é a celebração de um instrumento coletivo de trabalho (ACT ou CCT). O art. 611-A, IX, da CLT prevê que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado. Por isso, nada impede que conste no instrumento coletivo as mesmas disposições legais do texto celetista ou das antigas Medidas Provisórias.

Não obstante, o impasse ainda persiste naquelas hipóteses de inexistência de negociação coletiva, isto é, para aquelas situações que se respaldavam estritamente no texto legal. A título de exemplo, caso empregador decida reter parte das gorjetas arrecadadas, esse comportamento não dispõe atualmente de previsão normativa, sendo, portanto, uma ação ilegal. Todavia, caso essa possibilidade seja contemplada em cláusula coletiva, a retenção será considerada, em princípio, válida.

Após a vigência da MP nº 808/17 e, obviamente, após a Lei nº 13.467/17, vários projetos de lei foram apresentados na Câmara dos Deputados. Alguns deles objetivam resolver a problemática legal objeto deste estudo, outros tratam de assuntos totalmente desconexos.

O PL 10.071/2018³⁰, por exemplo, de autoria do Deputado Efraim Filho, tem como proposta a alteração do art. 457, da CLT para reeditar a Lei nº 13.419/17. O PL 3349/2019³¹, a seu turno, de autoria do Deputado João H. Campos, objetiva alterar o art. 457 para tratar de quem será a competência para dirimir qualquer divergência ou

²⁹ Art. 468, *caput*, da CLT.

³⁰ BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2172592>. Acesso em: 03 de nov. 2019.

³¹ BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2206788>. Acesso em: 03 de nov. 2019.

impasse decorrente da aplicação daquele dispositivo, bem como para dispor sobre o auxílio-alimentação, não tendo, dessa forma, conexão com as gorjetas.

O PL 10.071/2018, ou outro PL que venha a tratar sobre as gorjetas, poderá ganhar uma maior força em virtude da revogação da MP nº 905/19, porquanto a parcela atualmente carece de normatização legal. Mas, dessa vez, a parcela será regulamentada pelo Poder Legislativo, e não pelo Poder Executivo, a fim de garantir uma maior segurança jurídica para as relações laborais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o estudo realizado e das razões apresentadas, constata-se que, em virtude de atecnia no processo legislativo no momento de promulgação da Lei nº 13.467/17 e dos sucessivos fins das vigências das Medidas Provisórias que tratavam sobre a temática, até o presente momento, a parcela remuneratória gorjeta carece de uma regulamentação legal.

A Reforma Trabalhista, além de ter modificado diversos institutos, foi capaz de desconstituir o resultado final de mais de 10 anos de tramitação da “Lei de Gorjeta”. E, ainda, após incríveis quase três anos posteriormente à sua publicação, a gorjeta ainda está despida de normatização legal.

Dessa forma, a parcela está envolvida por uma questão ao mesmo tempo excepcional e confusa. Excepcional, pois os erros por que sofreu a gorjeta não são comuns de serem reproduzidos no momento de confecção de outros dispositivos legais, e confusa, haja vista que, além da intrincada compreensão de sua ordem cronológica legislativa, alguns ainda creem na não revogação da “Lei de Gorjeta”.

Em razão de sua complexa situação legal, a aplicação prática demanda equilíbrio e ponderação, principalmente em razão da revogação da MP nº 905/19 pela MP nº 955/20. Quando da celebração de um instrumento coletivo, é aconselhável não extrapolar, ou ao menos não desnaturar por completo, os antigos preceitos legais, bem como para aqueles que se baseiam com exclusividade na lei, não usufruir do atual “limbo jurídico” com o objetivo de praticar abusos (tanto pelos empregadores quanto pelos empregados).

Presente constantemente nas relações comerciais, a gorjeta necessitava, e agora necessita novamente, de uma regulamentação advinda do Legislativo. Por ser uma verba

remuneratória, seu âmbito de incidência e seu reflexo em outras parcelas trabalhistas podem afetar sensivelmente a remuneração final do trabalhador e, conseqüentemente, o seu sustento básico e de sua família.

Além disso, pela análise da exposição dos motivos da MP nº 955/20, é possível conjecturar que o Executivo certamente proporá, nos próximos meses, uma nova regulamentação ao tema, mas saliente-se que será uma normatização provisória, o que pode aumentar ainda mais a insegurança jurídica já existente.

Em síntese, com a caducidade das Medidas Provisórias, o Executivo parece divertir-se com os direitos dos trabalhadores brasileiros em um verdadeiro “malabarismo” normativo, e o Legislativo, até o momento, mantém-se inerte a toda a situação. Resta ao Judiciário, se provocado, resolver a problemática, mas este, que aplica a lei a caso concreto, nada terá ao que aplicar.

REFERÊNCIAS

BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. *Comentários à reforma trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.071/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=217259> 2. Acesso em: 03 de nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 252/2007*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=342862>. Acesso em: 30 de out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 33.349/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=220678> 8. Acesso em: 03 de nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.787/2016*. Reforma Trabalhista. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=212207> 6. Acesso em: 30 de out. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Planos de Benefícios da Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 31 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *TRT/10 - RO: 00013340920175100022 DF*, Data de Julgamento: 20/02/2019, Data de Publicação: 26/02/2019. Disponível em: <https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/682040980/recurso-ordinario-ro-13340920175100022-df?ref=serp>. Acesso em: 1 de nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. *TRT/17 - RO: 00016873920165170006*, Relator: JOSÉ CARLOS RIZK, Data de Julgamento: 02/04/2019, Data de Publicação: 08/04/2019. Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/695602865/recurso-ordinario-trabalhista-ro-16873920165170006/inteiro-teor-695602874?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 de nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *TRF/1. AC: 6922 DF 1998.34.00.006922-4*, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOAO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 16/06/2003, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 10/07/2003 DJ p.64). Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2285750/apelacao-civel-ac-6922-df-19983400006922-4/inteiro-teor-100782396?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 de nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *TST. Ag-AIRR-177-95.2015.5.02.0441*, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 25/10/2019). Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2018&numProcInt=327526&dtaPublicacaoStr=25/10/2019%2007:00:00&nia=7405497>. Acesso em: 01 de nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *TST. RR: 655620115080003*, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/06/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202450397/recurso-de-revista-rr-655620115080003?ref=legal-quote-trigger>. Acesso em: 02 de nov. 2019.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A eficácia e natureza jurídica da Medida Provisória na Constituição Federal de 1988. *Revista da AGU*, Brasília, Ano 09, n. 24, p. 183-224, abr./jun. 2010.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. A nova regulamentação das gorjetas. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, Ano XXVII, n. 53, p. 140-141, mar. 2017

CASSAR, Vólia Bomfim. *Resumo de Direito do Trabalho*. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

KERTZMAN, Ivan. *As contribuições previdenciárias na justiça do trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 135-165, out./dez. 2012.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A “reforma” trabalhista era para retirar direitos, reconhecem os “donos da bola”*. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-reforma-trabalhista-era-para-retirar-direitos-reconhecem-os-donos-da-bola>> Acesso em: 19 de jun. 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Impactos do golpe trabalhista (a Lei n. 13.467/17)*. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/impactos-do-golpe-trabalhista-a-lei-n-1346717>> Acesso em: 19 de jun. 2020.

**HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NO PROCESSO TRABALHISTA:
APLICAÇÃO DO ARTIGO 791-A, DA LEI Nº 13.467/17 OU DO ARTIGO 85,
§2º, DA LEI Nº 13.105/15?**

Alexsandro Lopes da Costa¹

Cíntia de Fátima Silva²

Diego Sidrim Gomes de Melo³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a Lei nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil e a Lei nº 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, no tocante aos honorários sucumbenciais, haja vista que as legislações supracitadas avocaram para si a solução da polêmica sobre o tema nas esferas cível e trabalhista. Contudo, o tema não foi tratado de forma isonômica pelo legislador: o percentual fixado na Justiça Comum difere do que foi regulado para a Justiça do Trabalho, permanecendo então o tratamento diferenciado entre os advogados que atuam na área trabalhista e os demais profissionais. A metodologia utilizada foi a coleta de dados e bibliográfico, tendo por instrumentos livros, legislação vigente, periódicos e internet. A pesquisa realizada tem relevância ante a incongruência legal, e tem como resultado a conclusão de que os honorários deveriam ser reconhecidos e respeitados em todas as esferas jurídicas, de forma justa, invariável e igualitária.

Palavras chave: Honorários de sucumbência. Justiça do Trabalho. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the Law nº13.105/2015, the New Civil

¹ COSTA, Alexsandro Lopes da. Bacharel em Direito pela Faculdade Natalense de Ensino e Cultura – FANEC. Advogado desde 2018. E-mail: alexsandrolc.adv@gmail.com

² SILVA, Cíntia de Fátima. Bacharela em Direito e Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar – UnP. Advogada desde 2012. Auxiliar de Coordenação do Núcleo de Prática Jurídica FANEC/IESRN. E-mail: cintiafs.adv@gmail.com

³ MELO, Diego Sidrim Gomes de. Bacharel em Direito e Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar – UnP. Advogado desde 2006. Professor no curso de Direito e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica FANEC/IESRN. E-mail: diego-sidrim@hotmail.com

Procedure Code and the Law nº13.467/2017, the so-called Labor Reform, concerning sucumbential fees, in view of the fact that the abovementioned claim for itself the solution of the controversy on the subject in the civil and labor spheres. However, the issue was not dealt isonomically by legislator: the percentage fixed in the Common Justice differs from that which was regulated for Labor Justice, thus maintaining a differentiated treatment between the lawyers who work in labor law and others lawyers. The methodology employed was the collection of data and bibliographical, having as instruments books, current legislation, periodicals and internet. The research carried out has relevance to legal incongruity, and results with the conclusion that fees should be recognized and respected in all legal spheres fairly, immutable and equality.

Key words: Fees of succumbency. Work justice. Labor Reform.

1 INTRODUÇÃO

Os honorários advocatícios sempre foram tão devidos aos profissionais quanto questionados em todas as esferas jurídicas, seja por suas diversas modalidades, seja pelo percentual incidente. O tema se torna ainda mais polêmico quando se trata do ônus de sucumbência na Justiça do Trabalho, pois, por muito tempo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve o entendimento no sentido de não serem devidos honorários sucumbenciais ao advogado, salvo se a parte assistida preenchesse os requisitos constantes nas Súmulas 219 e 329 daquele Tribunal.

Como o Direito está em constante movimento, e as leis avançam conforme avança a sociedade, em 2015, com o advento da Lei nº 13.105, o então Novo Código de Processo Civil, dentre as inúmeras mudanças trazidas, tratou expressamente dos honorários sucumbenciais em seus artigos 85 a 97, mais especificamente no artigo 85, §2º. Embora haja previsão legal para que a Justiça do Trabalho utilize subsidiariamente a legislação cível para resolver conflitos, o TST manteve seu posicionamento sobre o não cabimento do ônus de sucumbência na seara trabalhista. Entretanto, em 2017, foi sancionada a Lei nº 13.467, também chamada de Reforma Trabalhista que, embora bastante polêmica, trouxe em seu texto, mais especificamente no artigo 791-A, uma grande inovação para os causídicos desta área: a previsão legal e expressa para incidência do ônus de sucumbência à parte vencida.

Se aparentemente a lacuna legal havia sido sanada, o presente trabalho analisará um ponto crucial que manteve a polêmica sobre o assunto: trata-se da aplicação do artigo 791-A da Lei nº 13.467/2017 ou do artigo 85, §2º da Lei nº 13.105/2015 no tocante à percepção dos honorários de sucumbência por parte do advogado. Isto se deve ao percentual incidente fixado em ambas as leis, que diferem entre si, mantendo o advogado que atua na seara obreira em evidente desvantagem.

O presente estudo busca fazer uma análise comparativa entre o artigo 85, §2º da Lei nº 13.105/2015 e o artigo 791-A da Lei nº 13.467/2017: qual dos dispositivos deverá ser aplicado, haja vista a pacificação sobre a matéria discutida – o direito à percepção aos honorários sucumbenciais, tanto na Justiça Comum quanto na Justiça do Trabalho – se a Reforma Trabalhista, que supostamente encerraria a polêmica sobre o assunto, trouxe em seu texto percentuais inferiores aos já reconhecidos e percebidos na esfera cível, mantendo assim o tratamento desigual destinado aos advogados atuantes na área trabalhista?

2 HONORÁRIOS

Derivada do latim, *honorarius*, a palavra honorários, em sua concepção clássica significa “tudo aquilo que é feito ou dado por honra, sem conotações pecuniárias” (RAMOS, 2009, p. 425).

Isto é assim posto que, na Roma Antiga, “o vencedor de uma demanda judicial prestava honrarias a seu advogado” (MARTINS, 2016, p. 539). Destarte, os advogados eram prestigiados de forma honrosa, de modo que os honorários não possuíam caráter econômico salarial ou remunerativo, sendo esta uma maneira de gratificá-lo por sua participação na lide.

Naquele tempo, era dada certa liberalidade ao cliente acerca de como gratificar seu advogado pelo serviço prestado, sendo livre a escolha para remuneração, de tal sorte que o profissional era remunerado, muitas vezes, apenas com honrarias. ARAÚJO (2007, p. 3) explica que

(...) nessa época, a profissão era composta apenas por pessoas das altas classes sociais que poderiam prestar seus serviços em troca de prestígio e favores políticos, sem receber qualquer quantia em pecúnia.

Este quadro de honorarias em retribuição ao serviço prestado pelo advogado só veio a ser modificado depois que o Imperador Augusto reformou o sistema legal da República Romana. Nas palavras de ARAÚJO (2007, p. 3):

Ademais, a percepção de pagamento era expressamente proibida pela *Lex Cincia*, de 250. a.C. Após, o Imperador Augusto ratificou o referido ato legislativo, por meio de um *senatusconsultum*, mais severo, que determinava àquele advogado (jurisprudente), que recebesse de seu cliente dinheiro como forma de retribuição por seu trabalho, o dever de restituir o quádruplo do valor percebido

A mesma autora leciona ainda que somente durante o governo de Nero ficou expressamente permitida a cobrança de honorários com a revogação da mencionada *Lex Cincia*. Via de regra, “as próprias partes arcavam com as respectivas despesas processuais, sem que fosse considerado o êxito na demanda. No entanto, a origem remota da sucumbência está nas *leges actiones*.” (ARAÚJO, 2007, p. 4).

Nas *leges actiones*, logo no início da ação, as partes faziam depósito prévio de certa quantia e, ao final da demanda, o vencido perderia o valor por ele depositado para os sacerdotes ou para o Erário, na qualidade de imposto. Note-se que a perda do vencido não se convertia em vantagem financeira para o vencedor da lide. Na mesma época surgiu em Roma a chamada *actio dupli*, uma ação contra o vencido que resistia injustamente ao processo. A *actio dupli* tinha por objetivo o pagamento do dobro do valor da condenação, dando ao ônus da sucumbência natureza de penalidade, nesta hipótese. ARAÚJO (2007, p. 4) explana:

Tal situação perdurou até a Constituição de Zenão, em 487, que prescreveu que o magistrado condenaria, na sentença, a parte vencida ao pagamento das custas processuais. Além disso, esse valor poderia ser aumentado em até dez vezes, em caso de temeridade do perdedor. O referido ato normativo previu, ainda, que parte desse acréscimo poderia ser convertida em favor do vencedor, para reparação do dano sofrido, ou ser entregue ao fisco.

Nascia assim, embrionariamente, no Império Romano, o diploma legal que disciplinaria os honorários de sucumbência nos moldes como são feitos hoje, posto que, a partir daquele momento, o vencedor poderia ser recompensado pelos custos da demanda, pois o pagamento das despesas processuais por parte do vencido deixava de ter caráter sancionatório (natureza de penalidade), sendo devido independentemente de má-fé da parte, por resistência injusta ao processo, devendo ser paga, portanto, apenas em razão da derrota processual.

Uma nova concepção a respeito dos honorários advocatícios surgiu com o passar dos anos. ONÓFRIO (1998, p. 27) conceitua que

a palavra “honorário” constitui a retribuição por serviços prestados a clientes pelos profissionais liberais de qualquer área. Tanto faz ser engenheiro, advogado, médico e outros que recebem, quando não mantêm vínculo empregatício, o que denominamos honorários.

Pode-se assim definir honorários advocatícios como sendo “os vencimentos devidos ao advogado em decorrência dos serviços prestados ao seu cliente” (LOPES, 2008, p. 8). Importante destacar que os honorários advocatícios não podem ser confundidos com salário, pois possuem conceitos absolutamente distintos, sendo esta diferença evidente na origem do pagamento:

Enquanto os salários constituem pagamento de trabalho com vinculação empregatícia, os honorários são pagos aos profissionais liberais, que não mantêm relação de emprego com a fonte pagadora (LOPES, 2008, p. 31).

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 7º, inciso IV, um conceito de salário e a finalidade a que se destina, incontestavelmente com caráter alimentar. Vejamos:

CF/88

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Apesar da incontestável distinção, notadamente tanto os honorários advocatícios quanto o salário possuem idêntica destinação, qual seja: atender às necessidades vitais daqueles que os percebem, caracterizando a índole alimentar de ambos. Neste sentido, ONÓFRIO (1998, p. 30), acertadamente, complementa:

Na verdade, o que confere o caráter alimentar aos honorários é a finalidade a que eles se destinam: manutenção, moradia, educação, lazer, alimentos e outras que os honorários possam suprir, de forma análoga aos salários.

No mesmo sentido, MEDINA (2012, p. 70), leciona que “qualquer que seja a sua

modalidade, os honorários constituem remuneração pelo trabalho do advogado; logo, têm natureza alimentar”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) findou por perfilhar o entendimento sobre o assunto, endossando a natureza alimentícia da verba honorária, conforme se pode concluir pela leitura de fragmento de decisão emanada da Corte, *in verbis*:

Os honorários são a remuneração do advogado e – por isso – sua fonte de alimentos.

Não vejo como se possa negar essa realidade.

Por isso – e a experiência de advogado militante me outorga autoridade para dizê-lo – os honorários advocatícios têm natureza alimentar e merecem privilégio similar aos créditos trabalhistas.

De fato, assim como o salário está para o empregado e os vencimentos para os servidores públicos, os honorários são a fonte alimentar dos causídicos.

Tratá-los diferentemente é agredir o cânone constitucional da igualdade.⁴

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou quaisquer discordâncias sobre o tema, através da Súmula Vinculante nº 47, *in verbis*:

Súmula Vinculante 47

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Por fim, a Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, trouxe diversos avanços e conquistas para a advocacia nacional, inclusive no que compreende aos honorários advocatícios: o legislador reconheceu expressamente sua nítida natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a sua compensação em caso de sucumbência parcial, em seu artigo 85, §14, *in verbis*:

Art. 85. (...)

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

Isto posto, resta claro a importância e o caráter alimentar dos honorários devidos aos advogados, haja vista que tal verba consiste em fonte primária de seu sustento,

⁴ STJ, Corte Especial, EREsp 706331/PR, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 20/02/2008, DJe 31/03/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14532481/eresp-1146066>>

mediante a qual esta classe de profissionais retira os recursos indispensáveis à manutenção de suas necessidades vitais.

Passa-se, então, ao estudo das subdivisões dos honorários advocatícios, em duas espécies: contratuais e de sucumbência, as quais serão tratadas a seguir.

2.1. HONORÁRIOS CONTRATUAIS

Honorários advocatícios de cunho contratuais são aqueles fixados na celebração do contrato de prestação de serviços do advogado, quando este atua na qualidade de profissional liberal. Neste ato, o profissional deve registrar por escrito os valores que deseja receber a título de remuneração por seu ofício, em devido acordo com seu contratante.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu Capítulo IX, artigos 48 a 54, trata dos honorários profissionais. O artigo 48 do mencionado código recomenda que a fixação dos honorários contratuais seja formalizada por escrito, devendo estabelecer com clareza e precisão o seu objeto, os honorários ajustados e a forma de pagamento; veda, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial; ressalta o dever do advogado em observar o valor mínimo da Tabela de Honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço, inclusive aquele referente às diligências, sob pena de caracterizar-se aviltamento de honorários; por fim, determina que o advogado promoverá, preferentemente, de forma destacada a execução dos honorários contratuais ou sucumbenciais:

Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito.

§ 1º O contrato de prestação de serviços de advocacia não exige forma especial, devendo estabelecer, porém, com clareza e precisão, o seu objeto, os honorários ajustados, a forma de pagamento, a extensão do patrocínio, esclarecendo se este abrangerá todos os atos do processo ou limitar-se-á a determinado grau de jurisdição, além de dispor sobre a hipótese de a causa encerrar-se mediante transação ou acordo.

§ 2º A compensação de créditos, pelo advogado, de importâncias devidas ao cliente, somente será admissível quando o contrato de prestação de serviços a autorizar ou quando houver autorização especial do cliente para esse fim, por este firmada.

§ 3º O contrato de prestação de serviços poderá dispor sobre a forma de contratação de profissionais para serviços auxiliares, bem como sobre o pagamento de custas e emolumentos, os quais, na ausência de disposição em contrário, presumem-se devam ser atendidos pelo cliente. Caso o contrato

preveja que o advogado antecipe tais despesas, ser-lhe-á lícito reter o respectivo valor atualizado, no ato de prestação de contas, mediante comprovação documental.

§ 4º As disposições deste capítulo aplicam-se à mediação, à conciliação, à arbitragem ou a qualquer outro método adequado de solução dos conflitos.

§ 5º É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.

§ 6º Deverá o advogado observar o valor mínimo da Tabela de Honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço, inclusive aquele referente às diligências, sob pena de caracterizar-se aviltamento de honorários.

§ 7º O advogado promoverá, preferentemente, de forma destacada a execução dos honorários contratuais ou sucumbenciais.

O advogado tem liberdade para acordar valores com seus clientes, respeitando, obviamente, os preceitos legais da categoria sobre o tema, a exemplo do artigo 49 do Código de Ética da categoria:

Art. 49. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

I - a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;

II - o trabalho e o tempo a ser empregados;

III - a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;

IV - o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para este resultante do serviço profissional;

V - o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente eventual, frequente ou constante;

VI - o lugar da prestação dos serviços, conforme se trate do domicílio do advogado ou de outro;

VII - a competência do profissional;

VIII - a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB, Lei nº 8.906/94), também disciplina o assunto, em seu Capítulo VI, artigos 22 a 26. *Ab initio*, tem-se a garantia do direito aos honorários mediante prestação de serviço profissional, sejam eles convencionados (contratuais), fixados por arbitramento, e sucumbenciais:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Embora exista tanto no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil quanto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil a recomendação da formalidade de um contrato escrito para a fixação dos honorários contratuais, não se pode

olvidar a liberdade para contratar, prevista no artigo 421 do Código Civil⁵. Desta feita, é válida a pactuação verbal de prestação de serviços advocatícios que estabeleça o valor da verba honorária. Entretanto, em caso de inadimplência por parte do cliente, ao profissional restará apenas a possibilidade de cobrança judicial, onde poderá requerer o arbitramento da remuneração devida. Note-se que, obviamente, não será possível a execução do contrato, haja vista a ausência da forma escrita deste.

Por fim, destaque-se que a OAB não impõe um limite máximo para estipulação dos honorários contratuais. Contudo, estabelece uma tabela de valores mínimos e recomendáveis, instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for prestado o serviço, no afã de guiar os profissionais nesse sentido, com o escopo de evitar infrações éticas e prevenir a concorrência desleal dentro da própria categoria.

2.2. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Os honorários sucumbenciais são aqueles devidos somente na hipótese de atuação processual e contenciosa do advogado. Observe-se, portanto, que apenas na seara judicial é possível o recebimento de verba de sucumbência. Partindo desta premissa, tem-se, em linhas gramaticais, que o termo sucumbir é o mesmo que perder. No âmbito do Direito Processual Civil, tais terminologias significam que cabe à parte perdedora o encargo pecuniário das despesas oriundas da contratação do advogado pela parte contrária, que vem a ser a parte vitoriosa da lide. Destarte, PASSOS (2015, p. 1) conceitua que

(...) é denominada sucumbente a parte vencida na demanda, a parte vencedora, por seu turno, não terá seu patrimônio desfalcado para pagamento das despesas impostas para sua defesa no processo.

Na esfera processual há a formação da lide (pretensão resistida), cabendo ao advogado a representação em juízo das partes que se controvertem; como desfecho, um dos litigantes será vencido ou vencedor. O vencedor deverá ser ressarcido de todas as despesas judiciais, e seu advogado fará jus ao recebimento de honorários pagos pela parte vencida. Essa concepção foi consagrada pelo artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 e, atualmente, mantida nos artigos 82, § 2º e 85, caput, §17º do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015):

⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Código de Processo Civil de 1973

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

Novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015)**Art. 82 (...)**

§ 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.

(...)

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

Não obstante, segundo o artigo 23 do Estatuto da Advocacia e da OAB, os honorários de sucumbência são do procurador, que possui o direito de executá-los:

Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB)

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Portanto, indiscutível e legalmente, os honorários de sucumbência pertencem ao advogado da parte vencedora, por ser, no exercício de sua atividade profissional, peça fundamental para o êxito do pleito. Nas palavras de OLIVEIRA (2007, p. 1):

(...) não há que se discutir a quem pertence os honorários oriundos da aplicação do princípio da sucumbência. (...) Em verdade, o que o princípio da sucumbência possibilita é a integração do direito do vencedor, que foi obrigado a ingressar numa contenda mesmo estando protegido pelo manto da legalidade.

O Código de Processo Civil de 2015 é, de fato, um marco no tocante aos honorários advocatícios, principalmente quanto aos sucumbenciais, pois trata a matéria de forma expressa e até mesmo inovadora em seu Capítulo II, Sessão III, artigos 82 a 97, das quais podemos citar a sistemática de fixação dos honorários devidos nas causas em que a Fazenda Pública figurar como parte; a alteração da base de cálculo sobre a qual incidirá o percentual fixado pelo juiz, que poderá ser o valor da condenação, o valor do proveito econômico obtido ou o valor da causa; o direito dos advogados públicos aos honorários advocatícios; a possibilidade de majoração dos honorários em grau recursal em razão do trabalho adicional do advogado nesta instância; a vedação de compensação dos honorários em caso de sucumbência recíproca; a redução dos honorários pela metade quando houver o reconhecimento da procedência do pedido seguido do cumprimento espontâneo da prestação reconhecida, dentre outros.

Os honorários passaram a ter, então, importante destaque em sua normatização, a começar pela definição e cumulação expressa dos sucumbenciais, nos moldes do artigo 85, caput, §1º:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

Nota-se daí que os honorários sucumbenciais serão devidos indiscutivelmente de forma cumulativa na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não e nos recursos interpostos. A questão recursal é ponto altamente relevante no que se refere tal incidência sucumbencial, haja vista ser este o âmbito de contendas excessivas que variam entre as realmente necessárias ou por vezes procrastinatórias, que findam por exigir do advogado esforços ainda maiores em razão do grau elevado da atividade processual, para o alcance do êxito em sua pretensão jurídica.

Desta feita, conforme a nova legislação, o respectivo tribunal deverá, quando do julgamento do recurso, majorar os honorários fixados anteriormente sempre levando em consideração o trabalho adicional realizado pelo causídico em grau recursal, limitando-se, entretanto, aos limites estabelecidos no parágrafo 2º do já mencionado artigo 85 da Lei nº 13.105/2015:

Art. 85. (...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

(...)

§ 11º O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Os momentos processuais elencados pelo §1º do artigo 85, bem como os percentuais mínimo e máximo para fins de cálculos sucumbenciais devem ser considerados e respeitados, independentemente do conteúdo da decisão, mesmo em casos

relativos à improcedência da demanda ou diante de sentença julgada sem a resolução do mérito, de acordo com o §6º do mesmo artigo:

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

Outra inovação que merece destaque refere-se às ações onde a Fazenda Pública figure como parte, seja na qualidade de autora ou ré: sua condenação em honorários advocatícios encontra-se agora regulada em faixas progressivas, conforme o §§3º e 4º do artigo 85:

Art. 85. (...)

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

O §5º do artigo infra regula os cálculos em questão:

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

Portanto, quando o valor da condenação ou do proveito econômico obtido

ultrapassar 200 salários mínimos, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente. Neste ponto, verifica-se que o legislador que adotou uma postura protetiva intermediária entre a garantia da justa fixação dos honorários advocatícios, proibindo a condenação em montante irrisório, sem, contudo, desproteger o erário, haja vista que em se tratando da Fazenda Pública, tanto a sucumbência como a condenação principal são pagas com verba pública.

No que se refere às ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o §9º prescreve que o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas com mais doze prestações vincendas. E nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo, segundo o §10:

§ 9º Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

§ 10 Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

O §14 veio reconhecer a nítida natureza alimentar dos honorários advocatícios com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a sua compensação em caso de sucumbência parcial. O advogado poderá requerer, nos termos do §15 que o pagamento dos honorários cabíveis seja feito em favor da sociedade de advogados da qual faça parte na qualidade de sócio, aplicando-se ainda aí a hipótese descrita no §14:

§ 14 Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

§ 15 O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no §14.

Não resta mais qualquer dúvida quanto ao direito do advogado perceber seus honorários ainda que atue em causa própria, direito este agora expressamente reconhecido no §17 do art. 85.

§ 17 Os honorários serão devidos quando o advogado atuar em causa própria.

Em caso de lamentável omissão quanto ao regular direito aos honorários ou mesmo ao seu valor, em decisão transitada em julgado, ao advogado caberá valer-se do que prescreve o §18 do artigo 85, que diz ser cabível a ação autônoma para fins de determinar a sua definição e cobrança:

§ 18 Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

Sobre a possibilidade de sucumbência recíproca, o artigo 86 da mesma Lei determina que serão distribuídas proporcionalmente as despesas entre os litigantes. Todavia, caso um deles venha sucumbir em parte mínima do pedido, responderá o outro, por inteiro, quanto às despesas e honorários advocatícios.

Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.
Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

Por fim, quanto à pluralidade de pessoas sucumbentes em um mesmo polo, o pagamento de honorários advocatícios restou regulado através do artigo 87 da Lei nº 13.105/2015:

Art. 87. Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários.
§ 1º A sentença deverá distribuir entre os litisconsortes, de forma expressa, a responsabilidade proporcional pelo pagamento das verbas previstas no caput.
§ 2º Se a distribuição de que trata o § 1º não for feita, os vencidos responderão solidariamente pelas despesas e pelos honorários.

Em linhas gerais, estas foram as principais inovações acerca dos honorários advocatícios sancionadas com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que notadamente trouxe avanços e benefícios à categoria. Entretanto, a seara trabalhista possui regras e ritos próprios e, no tocante aos honorários sucumbenciais, os advogados padecem de limitações danosas que findam por engessar e prejudicar os profissionais a perceberem o que lhes é devido. Ou seja, no processo civil, o simples fato de ser vencido gera o dever de pagar honorários sucumbenciais ao vencedor; já no processo do trabalho, os honorários advocatícios possuem regramento próprio, não decorrendo da mera sucumbência.

O posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) era de não serem devidos honorários sucumbenciais nas lides empregatícias, salvo nas hipóteses de assistência do empregado por advogado do sindicato de sua categoria profissional e ser beneficiário da justiça gratuita, a teor da Súmula 219 do TST, que será tratada logo mais.

Surgiu, então, o Projeto de Lei (PL) nº 6.787, de 2016, que em 05 de abril de 2017 foi votado e aprovado em Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Trata-se da reforma trabalhista que, apesar de controversa e polêmica em diversos pontos, traz a inclusão do artigo 791-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que disciplina o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça obreira.

3 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA CLT ANTES DA REFORMA TRABALHISTA

A condenação ou não do sucumbente em honorários advocatícios na seara trabalhista é tema polêmico, com forte dissidência doutrinária e jurisprudencial, de tal modo que finda por desdobrar-se em duas correntes.

A primeira corrente, minoritária, defende que os honorários advocatícios sucumbenciais são indubitavelmente devidos ao advogado, por evidente fator legal, haja vista o que dispõe o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, o artigo 22 da Lei nº 8.906/1994, bem como o artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015, a saber:

Constituição Federal 1988

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Lei nº 8.906/1994 (EOAB)

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

Percebe-se, portanto que, para esta corrente a condenação em honorários advocatícios decorre da simples sucumbência. Em contraposição, por sua vez, temos a segunda corrente, majoritária, defendida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e consolidada pelas Súmulas 219 e 329 daquele Tribunal, onde predomina o entendimento que os honorários advocatícios nas demandas trabalhistas não decorrem da mera sucumbência, devendo a parte ser beneficiária da assistência judicial gratuita e estar

assistida pelo sindicato de sua categoria profissional. As mencionadas Súmulas trazem o seguinte teor:

Súmula nº 219 do TST

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016.

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

Súmula nº 329 do TST

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Claro está que para o TST predomina o entendimento de ser possível o pagamento dos honorários advocatícios apenas nos casos em que a parte for beneficiária da justiça gratuita e se encontrar amparada pelo sindicato de sua categoria profissional e também nas causas não decorrentes de relação de emprego, não deixando espaço para a mera sucumbência, uma vez que a parte tem liberdade para ingressar em juízo sem o auxílio de advogado. Cabe ressaltar que, conforme tal entendimento daquele Tribunal, os honorários do advogado, pagos pelo vencido, serão revertidos em favor do sindicato assistente e não à pessoa do causídico que por ventura tenha atuado na lide. Nas palavras de GIGLIO (1997, p. 146):

(...) A verba de honorário visa cobrir as despesas efetuadas pela entidade de classe

com a manutenção de advogados em número suficiente para atender aos pedidos de assistência, e não a reembolsar a parte dos gastos com honorários advocatícios. (*apud* SARAIVA; MANFREDINI, 2016, p. 239).

SARAIVA e MANFREDINI (2016, p. 238) explicam:

Para o TST, os honorários advocatícios sucumbenciais são em regra devidos, pois é faculdade da parte a contratação de advogado, em razão do *jus postulandi*, logo, se desejar contrata-lo, deverá arcar com a despesa. Na medida em que o mesmo Tribunal entende que o *jus postulandi* aplica-se apenas no âmbito das varas do trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, não se aplicando para o TST, às ações rescisórias, ações cautelares e mandados de segurança (Súmula 425, TST), entendemos que nesses casos os honorários sucumbenciais são devidos.

O instituto do *jus postulandi* corrobora grandemente com este entendimento. Previsto no artigo 791 do Decreto-Lei nº 5.452/43, também conhecida como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), garante aos empregados e empregadores a capacidade de postular diretamente junto à Justiça do Trabalho, sem a necessidade do auxílio de um advogado, até o final da lide:

Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

Entretanto, argumenta LOUREIRO E SILVA (s. d., p. 2):

A postulação em causa própria é instituto em desuso e ainda que seja mantido não consiste em argumento forte o suficiente para impedir a fixação de honorários na seara trabalhista. Caso a parte deseje se valer da sua prerrogativa de atuar em causa própria isso será permitido, porém tal faculdade não poderia prejudicar os que desejam um apoio especializado de um profissional de sua escolha.

O próprio TST limitou o alcance do *jus postulandi*, a rigor do conteúdo da Súmula 425 deste Tribunal, a saber:

Súmula nº 425 do TST
JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010.

O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

A impossibilidade do *jus postulandi* nas ações especiais (rescisórias, cautelares,

mandados de segurança), bem como naqueles de competência do TST, parte do pressuposto que estas ações e recursos possuem uma natureza mais técnica, mais elaborada, com maiores requisitos de admissibilidade, tornando-se indispensável a figura do advogado ante a complexidade imposta. Por efeito, quando for obrigatória a contratação de um causídico, o vencido deve ser condenado ao pagamento de honorários de sucumbência, uma vez que não subsiste mais uma faculdade dada pelo *jus postulandi*, limitada ao âmbito das Varas do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Feitas essas ressalvas, importa destacar que o TST encontra amparo legal para manutenção de seu entendimento tão limitante acerca dos honorários sucumbenciais na esfera trabalhista na Lei nº 5.584/70, em seus artigos 14 e 16. Vejamos:

Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º. A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º. A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º. Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde reside o empregado.

(...)

Art. 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

Outrossim, as imposições da Lei nº 1.060/50, que regulava amplamente a gratuidade da justiça aos hipossuficientes, restringiam ainda mais o direito à percepção dos honorários de sucumbência pelo advogado, desta vez sobre o percentual incidente, dando azo ao entendimento do TST de que o valor não deveria ser superior a 15%, a teor do artigo 11, §1º, da mencionada lei:

Art. 11. Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa.

§ 1º. Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença.

Ocorre que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a Lei nº 1.060/50 teve seus artigos 2º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 revogados através do artigo 1.072 daquele.

Assim sendo, a limitação dos honorários em 15% deu lugar ao que prescreve o artigo 85, §2º do CPC de 2015, que estabelece entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Não se pode olvidar a Emenda Constitucional nº 45/2004, que ampliou a competência material da Justiça do Trabalho, atribuindo-lhe competência para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes das relações de trabalho. Desta feita, o TST, por meio da Resolução 126/2005, editou a Instrução Normativa 27/2005, que dispõe sobre normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho em decorrência do estabelecido pela EC nº 45/2004. A IN 27/2005, em seu artigo 5º, determina que:

Art. 5º. Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

Se nas outras esferas do Poder Judiciário a condenação em honorários advocatícios decorre da mera sucumbência, não há como entender tamanha discrepância sobre o tema tão-somente na Justiça do Trabalho. Essas divergências legais e jurisprudenciais se davam em virtude da falta de uma legislação pacificada, com termo legal próprio, no âmbito trabalhista, para a regulamentação dos honorários do advogado.

4 A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

A sociedade contemporânea segue marcada por profundas desigualdades. Em se tratando do acesso à justiça, tem-se que os mais favorecidos, intelectual e economicamente, estão ao abrigo de defesa técnica enquanto que os menos favorecidos, carentes de recursos financeiros e intelectuais, ficam desprovidos de assistência profissional, sujeitos a maior violação das garantias constitucionais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa.

Muito embora a Constituição Federal traga em seu artigo 5º, *caput*, a garantia de igualdade a todos, sem distinção de qualquer natureza, em termos reais e sociais essa igualdade se torna meramente idealista.

A equidade é um dos princípios de maior complexidade de tratamento jurídico, pois nela estão afiançadas todas as formas de igualdade, uma vez que tal princípio assegura

tanto a igualdade formal, que é o tratamento igualitário perante o direito, como também a igualdade material, real ou afetiva perante os bens da vida.

Em paridade ao direito à igualdade, a Carta Magna assegura também o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como garante o devido processo legal, a teor do seu artigo 5º, incisos LIV e LV:

Art. 5º. (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Em que pese os mais diversos contextos sociais, à parte não é cabível a exigência de que esta detenha notório saber jurídico para pleitear ou defender seu direito em juízo, muito menos que em virtude de seu desconhecimento jurídico-processual venha a arcar com danos pessoais em situações que caiba ao Estado-Juiz intervir. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal afiança o acesso à justiça em caso de lesão ou ameaça a direito:

Art. 5º. (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Há de se reconhecer que a defesa correta e digna não é tarefa fugaz; entretanto, quando bem manuseada por um profissional que detenha conhecimento e experiência, torna-se o meio mais eficaz na busca da verdade fática e da mais lúdima justiça.

Nesse sentido, o legislador primou por dar maior efetividade ao acesso à justiça, tanto no tocante às garantias supracitadas – igualdade, contraditório e à ampla defesa, acesso à justiça – como no que tange ao devido processo legal. Surge, assim, o artigo 133 da Carta Maior, que apregoa dignamente que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Importante ressaltar que o princípio da indispensabilidade não se trata de corporativismo à categoria dos advogados ou para uma reserva de mercado: é garantia da parte e não do profissional, porque visa igualar as condições entre as partes no sentido de atuar em juízo de forma consciente de seus direitos e correta no que se refere aos ditames

processuais.

Assim sendo, longe de monopolizar o acesso ao judiciário, a atuação obrigatória de um causídico na lide processual traduz-se na mais autêntica garantia de que os direitos das partes envolvidas serão assegurados desde o acesso igualitário à justiça, no contraditório e na ampla defesa, no devido processo legal, tudo sob a necessária e adequada preservação técnica.

A indispensabilidade do advogado está prevista também no artigo 2º da Lei nº 8.906/94, o Estatuto da Advocacia e da OAB (EOAB), que atribui à advocacia função social e caráter público, mesmo quando exercida em ministério privado. A advocacia não é apenas uma profissão, mas também um *múnus*, pois traz em si o dever obrigatório de contribuir para a concretização da justiça, quando atua em juízo. Veja-se:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus* público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei.

O EOAB também definia, em seu artigo 1º, as atividades privativas da advocacia:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I – a postulação a ~~qualquer~~ órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

O termo “qualquer” foi retirado do inciso I do supracitado artigo, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da ADIn nº 1.127-8/DF⁶, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB). O entendimento foi de que a capacidade postulatória do patrono não é obrigatória nos Juizados Especiais e na Justiça do Trabalho, haja vista que nestas searas jurídicas as partes podem exercer diretamente o *jus postulandi*. Como resultado, com esteio na decisão do STF, permaneceu inalterada a regra da capacidade postulatória pessoal outorgada às partes, e, conseqüentemente, seus efeitos nos honorários sucumbenciais.

Assim, o texto contido no artigo 1º, inciso I do EOAB passou a vigorar nos

⁶ STF Pleno, ADIn nº 1.127-8/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU, I, 27-4-01, p. 57. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346838>. Acesso em 15 set. 2017

seguintes termos: “a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”.

O *jus postulandi* foi inserido no âmbito trabalhista com a aprovação da CLT, cuja redação do artigo 791 assegura aos empregados e empregadores o poder de reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final. No tocante aos Juizados Especiais, a Lei nº 9.099/95 faculta à causas de valor até vinte salários mínimos; acima deste valor, o patrocínio de advogado é obrigatório, nos termos do artigo 9º, a saber:

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

A CLT foi mais categórica quanto ao instituto do *jus postulandi*. Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, surgiu a grande problemática relativa ao teor aparentemente contraditório dos artigos 133 da Carta Magna e o artigo 791 da CLT, se este último teria sido recepcionado pela CF/88 ou não.

Grande parte dos Juízes do Trabalho, com poucas exceções, afirmam que, apesar do conteúdo do artigo 133 da CF/88, o artigo 791 da CLT continua vigente e, conseqüentemente aplicável, uma vez que o texto constitucional aparentemente depende de regulamentação, haja vista a vírgula seguida da expressão “nos limites da lei”. LÔBO (2007, p. 29) refuta veementemente tal entendimento, ao afirmar que:

A indispensabilidade do Advogado à administração da justiça é total; não pode sofrer limitações estabelecidas em norma infraconstitucional. Nesse ponto o art. 133 é norma de eficácia plena, ou seja, independe de lei, porque é da natureza da administração da justiça, em nosso sistema jurídico, a necessária participação do advogado ao lado do magistrado e do membro do Ministério Público. (LÔBO, *apud* PAIVA, 2007).

O entendimento doutrinário, em sua maioria, é no sentido de que o artigo 133 da CF/88 e o artigo 1º do EOAB não revogaram expressamente o artigo 791 da CLT, nem tampouco existe qualquer incompatibilidade com tais dispositivos legais. Entretanto, é de se considerar que, ainda que haja possibilidade do exercício do *jus postulandi* para as partes, não se deveria permitir a postulação em juízo sem o auxílio do advogado, por ser o processo trabalhista tão complexo quanto o comum, sendo indispensável o necessário conhecimento técnico para se lograr êxito na demanda.

Mas não se pode olvidar que o *jus postulandi* representa uma das maiores

conquistas do trabalhador, em sentido democrático. Porém, já se passaram mais de setenta anos desde a promulgação da CLT. Àquela época, a realidade do Direito do Trabalho era completamente diferente dos dias atuais, ensejando, portanto, uma legislação adequada ao momento social datado.

Quando o *jus postulandi* surgiu, o instituto estava totalmente de acordo com a realidade econômica, social e jurídica vivenciada na época. Mas o passar do tempo e a globalização modificaram vertiginosamente a realidade social brasileira, de modo tal que a Justiça do Trabalho precisou evoluir muito para abarcar as demandas no âmbito laboral, que inevitavelmente estão em constante desenvolvimento.

Pressupõe-se que a intenção do legislador em 1943, ao privilegiar o *jus postulandi*, inicialmente foi no sentido de beneficiar o trabalhador, garantindo-lhe um fácil acesso à justiça obreira, configurada por um sistema processual simples daquele tempo. Mas factualmente, o decurso do tempo alterou significativamente as dinâmicas e realidades das relações de emprego e, conseqüentemente, mudou de forma drástica a realidade das demandas na seara trabalhista. Se antigamente a Justiça do Trabalho julgava basicamente lides que versavam sobre verbas mais simples como salário e férias, hoje abarca fenômenos sociais como a terceirização, grupos econômicos, ações acidentárias diversas, reintegração ao emprego ou indenização substitutiva, responsabilidade civil quanto ao dano material, moral e até mesmo estético, dentre infindáveis outros temas.

Somando-se a isto a necessidade de respaldo jurídico, seja na letra da lei, através da doutrina ou entendimento jurisprudencial, resta evidente que, embora persista o instituto do *jus postulandi* à disposição do interessado, cada vez mais se torna inviável, hodiernamente, demandar sem o auxílio de advogado na Justiça do Trabalho. Na opinião de MARTINS (2016, p. 277):

O empregado que exerce o *ius postulandi* pessoalmente acaba não tendo a mesma capacidade técnica de que o empregador que comparece na audiência com advogado, levantando preliminares e questões processuais. No acaso, acaba ocorrendo desigualdade processual, daí a necessidade do advogado.

O mesmo autor, ainda sobre o tema, conclui:

O advogado deveria ser necessário em todo e qualquer processo, inclusive na Justiça do Trabalho, pois é a pessoa técnica, especializada na postulação. A ausência de advogado para o reclamante implica em desequilíbrio na relação processual, pois não terá possibilidade de postular tão bem quanto o empregador representado pelo causídico, podendo perder seus direitos pela não observância

de prazos, etc. (MARTINS, 2016, p. 277).

Desrespeitar a indispensabilidade do advogado para o efetivo acesso à justiça no mais amplo sentido dos princípios da igualdade, do contraditório e ampla defesa e do devido processo legal é desamparar aquele que não detém o necessário conhecimento legal e processual. É ir de encontro justamente àquele que se visou proteger em hipossuficiência econômica e técnica, sujeitando a parte ao risco de prejudicar a si mesma, sob a ilusão de que porque a lei lhe confere o poder para postular pessoalmente em juízo, seu direito será imediatamente reconhecido e o processo seguirá um rumo favorável e tranquilo por si mesmo. E em se tratando da seara trabalhista, os danos podem ser irreversíveis para aquele que mais necessita de proteção social e jurídica.

5 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO FRENTE À LEI Nº 13.467/17

Conforme já apresentado, os honorários advocatícios na seara trabalhista não decorrem da simples sucumbência, de acordo com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a teor das Súmulas 219 e 329 oriundas daquele Tribunal.

Neste cenário manifestadamente limitado para o causídico que atua na seara laboral, no tocante à percepção de seus honorários, surge a Lei nº 13.467/2017, também conhecida como a Reforma Trabalhista.

Após um processo legislativo intenso e tumultuado, a mencionada Lei findou por ser publicada no dia 14 de julho de 2017, no Diário Oficial da União (D.O.U.), com *vacatio legis* de cento e vinte dias, passando a surtir seus efeitos a partir de 11 de novembro daquele ano.

Controversa e bastante criticada, a Reforma Trabalhista ainda deixa em suspenso os seus desdobramentos no meio social. Isto porque a nova lei surge num cenário político nacional bastante adverso, podendo-se dizer que este não vem a ser o momento ideal para uma reforma desta magnitude e natureza, que exigiria maiores discussões e estudos técnicos, econômicos e sociais, o que não aconteceu com a devida cautela, dado o ambiente político tão conturbado.

BRITEZ (2017, p. 1), Juiz do Tribunal Regional do Trabalho (TRT), na 9ª Região, opina que:

Trata-se de uma norma de profundo alcance no mundo do trabalho e que, sem medo de errar, produzirá profundas transformações na relação entre o capital e trabalho, entre os trabalhadores e suas entidades sindicais, entre a sociedade e a Justiça do Trabalho e, quanto a esta última, não há dúvidas de que terá seu futuro moldado a partir dos reflexos que todas as mudanças que ora se iniciam forem se implementando.

Dentre suas amplas modificações legais, a Lei nº 13.467/2017 traz uma verdadeira revolução no tocante aos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Se antes tal verba não era devida, somente sendo percebida pelo causídico mediante preenchimento de requisitos pela parte assistida, a partir da entrada em vigor da Reforma Trabalhista tem-se a instituição dos honorários advocatícios de sucumbência, que deverão ser fixados pelo juiz entre o mínimo de 5% e o máximo de 15% sobre o valor líquido da sentença, do proveito econômico, ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, nos ditames do artigo 791-A, a saber:

Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Inegável a inovação legal neste sentido, na seara laboral: impor um ônus à parte que perde o processo. A Reforma Trabalhista, a exemplo do que se já percebia na esfera civil, agora abarca a possibilidade de condenação em honorários de sucumbência trabalhista, não sendo mais necessária, para a fixação destes honorários, a assistência de advogado de sindicato. Nas palavras de BRITZ (2017, p. 18): “Esse preceito, por si só,

seria suficiente para causar uma revolução no Processo do Trabalho”.

Não obstante, a nova lei garante a percepção de honorários sucumbenciais nas ações contra a Fazenda Pública, além de manter o entendimento pacífico de serem devidas as verbas honorárias quando a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria profissional. Prevê ainda, tal como no Processo Civil, a suspensão da exigibilidade dos honorários de sucumbência pelo período de até dois anos, quando o vencido for beneficiário da justiça gratuita e não obtiver proveito econômico com a lide trabalhista; porém, caso a parte vencida venha a ter proveito econômico em outro processo, será obrigada a quitar os honorários sucumbenciais com os valores recebidos neste outro processo.

Estas inovações fatalmente aumentam os riscos para as possíveis demandas trabalhistas levianas, pois todo empregado que ingressar com processo na Justiça do Trabalho e tiver sua ação julgada improcedente, terá de pagar honorários em favor do advogado parte vencedora.

Nas palavras de BRITTEZ (2017, p. 18):

A partir de agora será necessária uma análise muito mais cuidadosa das petições iniciais, entrevistas rigorosas com os clientes, juntada de documentação idônea, esclarecimentos aos clientes acerca do resultado de pedidos que venham a ser indeferidos, enfim, a postura do advogado com o cliente e das partes com a Justiça do Trabalho será profundamente alterada.

Não se admitirão mais pedidos no atacado que não produzem qualquer consequência na hipótese de indeferimento. Agora os pedidos que forem indeferidos produzirão sucumbência e a parte sucumbente deverá indenizar o advogado da parte contrária nos limites estabelecidos no artigo acima citado.

Percebe-se, portanto, que a nova legislação exigirá tanto das partes quanto dos causídicos maiores cuidados em relação à matéria de direito bem como aos ritos processuais na seara trabalhista. Embora inovador, o novo entendimento acerca dos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho longe de resolver as discussões sobre o tema, trouxe novas polêmicas, tanto no tocante a ausência de isonomia no percentual já percebido pelos advogados atuantes na área cível, nos moldes do artigo 85, §2º do Código de Processo Civil de 2015, quanto no que se refere a uma possível afronta ao direito basilar do trabalhador de pleitear seus direitos na justiça, posto que a nova norma finda por intimidar a propositura de novas ações reclamationárias.

6 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO TRABALHISTA: APLICAÇÃO DO ARTIGO 791-A DA LEI Nº 13.467/17 OU ARTIGO 85, §2º DA LEI 13.105/15?

Por muito tempo o TST manteve o entendimento de não serem devidos honorários sucumbenciais na seara trabalhista, salvo nas hipóteses elencadas na Súmula 219 daquele Tribunal. Tal posicionamento sempre foi alvo de críticas por parte de juristas e doutrinadores, pois, se em outras esferas judiciárias o ônus sucumbencial é aplicado, a exemplo do Processo Civil, por que o causídico atuante na justiça obreira não percebia o mesmo reconhecimento por seu trabalho?

Faltava, portanto, uma legislação específica sobre o tema. Adveio, em 2015, a Lei nº 13.105, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), que, dentre as inúmeras mudanças, passou a tratar clara e amplamente os honorários sucumbenciais, em seus artigos 82 a 97, mais especificamente no artigo 85, §2º e seus incisos já mencionados.

Não se pode dizer que a Justiça do Trabalho ficou indiferente à inovação contida na Lei nº 13.105/2015. O TST, através da Resolução nº 204/2016, de 15 de março de 2016, alterou a Súmula 219, modificando a redação do item I e acrescentando os itens IV a VI justamente em função ao advento do NCPC já citados.

A alteração promovida pelo TST na Súmula supracitada não solucionou as divergências sobre o tema: se, por um lado, abarcou algumas inovações trazidas pelo então NCPC, por outro lado manteve a segregação entre o direito de percepção de honorários sucumbenciais pelos advogados atuantes na Justiça do Trabalho e os demais causídicos. Perdurava, assim, a ausência de legislação específica sobre o tema, pois, mesmo lançando mão do disposto no artigo 769⁷ da CLT, este se tornava obsoleto ante a reedição da Súmula 219 do TST.

Em julho de 2017 surge, por fim, a Lei nº 13.467/2017. Conhecida como a Reforma Trabalhista, a nova lei, embora bastante criticada no meio político e jurídico nacional, versou diretamente sobre o cabimento dos honorários de sucumbência na seara trabalhista em seu artigo 791-A:

Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da

⁷ **Art. 769.** Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Em que pese toda a controvérsia que paira sobre a aprovação da Lei nº 13.467/2017, a inovação trazida por esta lei no tocante aos ônus decorrente da mera sucumbência, representa respeitável tentativa de tratamento isonômico entre os advogados que militam na seara trabalhista e outros advogados. Diz-se tentativa, pois o avanço legal não se deu de forma completa: o legislador deveria ter mantido a paridade também quanto ao valor percentual devido a título de honorários sucumbenciais.

Isto porque o NCPC fixou a variação dos honorários sucumbenciais entre o mínimo de 10% ao máximo de 20%, nos termos do já mencionado artigo 85, §2º. Se a nova legislação trabalhista seguiu o exemplo da processual civil na inserção e inovação sobre o tema, não há motivos para tratar advogados trabalhistas de modo diverso. Todavia, segue a discrepância entre os direitos dos profissionais que militam na área trabalhista, agora no tocante ao percentual legal incidente sobre a sucumbência: a Lei nº 13.467/2017 fixou a variação deste tipo de honorários entre o mínimo de 5% e o máximo de 15%.

De acordo com o princípio da isonomia, no âmbito jurídico, há o pressuposto de igualdade perante a lei. Desta forma, este princípio indica um tratamento democrático, justo e igualitário para os cidadãos, assegurado de forma expressa no artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁸.

⁸ **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, (...).

A Carta Magna garante a igualdade salarial em seu artigo 7º, inciso XXX:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Embora os honorários advocatícios não possam ser confundidos com salário, possuem reconhecido caráter alimentar, conforme aduzido anteriormente e, destarte, merecem tratamento isonômico em qualquer área jurídica. Portanto, os honorários deveriam ser reconhecidos e respeitados em todas as esferas jurídicas, de forma justa, invariável e igualitária há bastante tempo, afinal, como bem disse o jurista Rui Barbosa, em sua célebre frase, “justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada”.

Não há, portanto, motivo para o tratamento seguir tão desigual entre os profissionais que atuam na seara obreira e os demais causídicos, no tocante à percepção aos honorários sucumbenciais. Há nítido avanço legal sobre o tema na Lei nº 13.467/2017, ao determinar que o ônus da sucumbência passe a existir na Justiça do Trabalho, mas a diferença entre os percentuais nas legislações cível e trabalhista finda por segregar em valores a atuação dos advogados.

A isonomia, portanto, deve partir desde o cerne de qualquer legislação. COUTO (2016), explica que

Há uma exigência da igualdade tanto na elaboração de direitos quanto na sua aplicação. Pois se assim não o for, o legislador na hora de escrever uma lei estará fazendo-a de forma inconstitucional. Para o aplicador serve como regra de interpretação cabendo ao juiz não estabelecer distinções arbitrárias.

Seguindo esta compreensão, a justiça trabalhista, em respeito ao texto constitucional e em igualdade a justiça comum, deveria dar tratamento igual aos honorários sucumbenciais, não apenas posicionando-se de forma favorável à aplicabilidade dos honorários advocatícios decorrente da simples sucumbência, como findou por fazer através da Reforma Trabalhista, mas também de forma coerente e coesa, no tocante ao percentual incidente, sanando de vez o conflito legal e doutrinário sobre o assunto.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os honorários advocatícios são reconhecidos desde a mais longínqua história do direito, por se tratarem de honras oferecidas ao advogado por sua boa atuação na lide, da qual a parte que representa saía vencedora. Com o passar do tempo, surgiram as *leges actiones*, onde as partes faziam um depósito prévio de certo valor e, finalizada a lide, o vencido perdia o valor que havia depositado para os sacerdotes ou para o Erário. No mesmo período surgiu em Roma a *actio dupli*, uma ação contra o vencido que resistia injustamente ao processo; este tipo de ação tinha por objetivo o pagamento do dobro do valor da condenação, dando ao ônus da sucumbência o caráter de penalidade, naquela hipótese.

Nascia, assim, de forma embrionária, os ditames que viriam a nortear os honorários de sucumbência na forma que são compreendidos na atualidade: cabia ao perdedor o ônus da sucumbência, sendo que este valor é devido ao advogado da parte vencedora, como reconhecimento legal de sua boa atuação na lide.

Os honorários são, portanto, os vencimentos devidos ao causídico em razão dos serviços prestados ao seu cliente. Possuem reconhecido caráter alimentar, haja vista a finalidade a que se destinam: atender às necessidades vitais daqueles que os percebem, pois tal verba consiste em fonte primária de seu sustento, mediante a qual esta classe de profissionais retira os recursos indispensáveis à manutenção e, em muitos casos, de suas famílias. Dividem-se em honorários contratuais, sucumbenciais e arbitrados.

Entretanto, na seara trabalhista, os honorários de sucumbência são vistos de forma diferente. Por muito tempo perdurou na Justiça do Trabalho o entendimento de não serem devidos os honorários sucumbenciais aos advogados atuantes na área. Grande parte deste entendimento se deve ao *jus postulandi*, ou seja, a capacidade de a parte ingressar com a reclamação trabalhista em juízo sem estar assistida por um causídico. Com o intento de garantir às partes o livre acesso à justiça, os advogados atuantes na seara obreira findavam por ter seu direito mitigado no tocante a percepção dos valores devidos pela simples sucumbência da parte contrária. O TST manteve este posicionamento por muito tempo, nos termos de suas Súmulas 219 e 329, que limitavam o cabimento dos honorários sucumbenciais ao preenchimento de requisitos específicos pela parte assistida por advogado do sindicato de sua categoria profissional.

Com o advento da Lei nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil, honorários passaram a ter previsão legal e específica, beneficiando os advogados militantes na Justiça Comum. A Justiça do Trabalho não foi indiferente à inovação trazida

por esta lei sobre o tema, de modo que as Súmulas 219 e 319 foram modificadas pela resolução nº 206/2016 do TST. Todavia, a mudança não foi significativa, mantendo as limitações sobre os honorários sucumbenciais na seara trabalhista. Persistia, assim, a lacuna legal no âmbito da justiça laboral, que regulasse o tema tão polêmico doutrinária e jurisprudencialmente.

Em meio a inúmeras divergências sociais e políticas, em julho de 2017 foi aprovada Lei nº 13.467, também conhecida como a Reforma Trabalhista. Duramente criticada por juristas e políticos em âmbito nacional, a nova lei, que passou a vigorar em novembro de 2017, trata direta e expressamente sobre o cabimento dos honorários de sucumbência na seara trabalhista em seu artigo 791-A: finalmente, os advogados que militam nesta área tiveram seu direito a perceber por seu trabalho as verbas sucumbenciais pagas pelo perdedor da lide.

Inegável a tentativa de tratamento isonômico para com os advogados que atuam na Justiça do Trabalho, com o reconhecimento de um direito básico, já amplamente defendido e garantido na Justiça Comum. Contudo, o justo permanece injusto: se o legislador optou por tratar diretamente o tema, nos moldes do que já era reconhecido em outras esferas jurídicas, deveria ter mantido a analogia também quanto ao valor percentual devido a título de honorários de sucumbência. O NCPC fixou a variação dos deste tipo de honorários entre o mínimo de 10% ao máximo de 20%, nos termos do seu artigo 85, §2º; já a Reforma Trabalhista fixou esta mesma variação entre o mínimo de 5% e o máximo de 15%.

Persiste, assim, a discrepância entre os honorários sucumbenciais percebidos pelos advogados que militam na seara obreira e na justiça comum: se por um lado há a satisfação do profissional em finalmente ter seu direito de perceber os honorários em virtude da sucumbência da parte perdedora na lide reconhecido por força de lei, por outro lado tem-se a inusitada injustiça no que se refere ao percentual incidente, por este ser fixado em valor menor do que o já percebido na esfera civil. Há uma desvalorização nitidamente injusta, posto que velada, entre os profissionais, e não há justificativa para que o legislador que se dispôs a solucionar o problema ter resolvido apenas parte dele.

Conclui-se, por fim, que os honorários deveriam ser reconhecidos e respeitados de forma justa, invariável e igualitária há bastante tempo em todas as esferas jurídicas. O trabalho, a técnica, o conhecimento e o empenho do profissional que vence uma causa na seara trabalhista não é, de certo, menor ou menos importante do que a do advogado que atua em outras áreas. Pelo contrário, os causídicos que militam nesta área findam por

garantir o reconhecimento e o efetivo direito de pessoas que muitas vezes tiveram a própria dignidade ferida no ambiente de trabalho ou suportaram verdadeiros abusos em prol do sustento próprio e de sua família. E são estes mesmos profissionais que comemoram o reconhecimento legal inserido pela nova lei e digerem a injustiça intrínseca ao seu direito de receber os honorários sucumbenciais na seara obreira.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabiana Azevedo. **A Remuneração do Advogado**: investigações acerca da natureza jurídica dos honorários de sucumbência. Ano. 2007. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521907>. Acesso em: 2 set. 2017.

BRASIL. **Código Civil Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002 – Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. **Código de Processo Civil Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015 – Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** – Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. **Decreto Lei nº 5452**, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.787/2016**. Redação final. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&filename=Tramitacao-PL+6787/2016. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõem sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. **Novo Código de Ética e Disciplina** – Oab.org.br. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. STJ, disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14532481/eresp-1146066>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. TST, disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. TST, disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-329. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. TST, disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. TST, disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/81892/2016_res0204.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 set. 2017.

BRITEZ, Sandro Gill. **Algumas considerações acerca da Lei 13.467/2017** - Reforma Trabalhista. [s.d.]. Disponível em

<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/8/art20170824-07.pdf>. Acesso em 20 out. 2017.

COUTO, Rafael. **Do Princípio da Isonomia e da Igualdade**. In: Jusbrasil. São Paulo, 2016.

Disponível em: <<https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/325917477>>. Acesso em: 25 out. 2017.

FRANZESE, Eraldo Aurélio Rodrigues. **Reforma trabalhista: Trabalhadores pagarão honorários de sucumbência aos advogados das empresas**. Abril, 2016. Disponível em:

<http://blogs.atribuna.com.br/direitodotrabalho/2017/04/reforma-trabalhista-trabalhadores-pagaram-honorarios-de-sucumbencia-aos-advogados-das-empresas/>. Acesso em 24 out. 2017.

GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUSBRASIL. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14532481/eresp-1146066>>. Acesso em 28 ago. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Honorários advocatícios no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOUREIRO E SILVA, André Filippe. **O Jus postulandi e os honorários advocatícios na esfera trabalhista: uma questão de acesso à justiça**. Minas Gerais, [s.d.]. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f98e3391365916c>>. Acesso em 02 set. 2017.p. 2.

MARCHESI, Makena. **O que muda no Processo do Trabalho com a Lei nº 13.467/17**

(reforma trabalhista)? Ebeji. Julho, 2017. Disponível em <https://blog.ebeji.com.br/o-que-muda-no-processo-do-trabalho-com-a-lei-no-13-46717-reforma-trabalhista/>. Acesso em 10 out. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Antônio José Xavier. **Linhas gerais acerca dos honorários advocatícios**: Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina. Ano 12, n. 1288,10 jan. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9378>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

ONÓFRIO, Fernando Jacques. **Manual de honorários advocatícios**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Manual de honorários advocatícios**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PASSOS, André Costa. **Os Honorários Advocatícios**. Jusbrasil Fortaleza, ano 2015. Disponível em: <<https://andrepassos.jusbrasil.com.br/artigos/201476924/>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. **Os Honorários Advocatícios Sucumbenciais no Processo do Trabalho**. Jusbrasil Fortaleza, ano 2015. Disponível em: <<https://andrepassos.jusbrasil.com.br/artigos/201477927> >. Acesso em: 3 set. 2017.

PAIVA, Clemilton Francisco de. **A indispensabilidade do advogado no Estado Democrático de Direito**. JurisWay. Pouso Alegre/MG, ano 2007. Disponível em https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=397. Acesso em 15 set. 2017.

PIRAINO, Nicola Manna. **Honorários de sucumbência para advogado trabalhista será justiça histórica**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Rio de Janeiro, ano 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-30/nicola-piraino-sucumbencia-trabalhista-justica-historica>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. 1 ed. Florianópolis, OAB/SC. 1999.

_____. **Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. 4 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso processual do trabalho** – 13. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivim, 2016.

A ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTADO: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fabiana Medeiros Silva¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

A abordagem em tela trata sobre o processo de adoção, com foco na possibilidade dos pais postulantes escolherem um perfil para o adotado ao se habilitarem como pretendentes no novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Objetiva-se averiguar até que ponto essa seleção ofende os direitos do adotando, sobretudo o da dignidade da pessoa humana. Conjuntamente, pretende-se analisar o instituto da adoção, abordando seus aspectos históricos e legais. Outrossim, busca-se examinar a diferença entre o perfil das crianças disponíveis para serem adotadas e o perfil desejado pelos pretendentes, assim como pesquisar a influência dessa triagem na delonga do processo de adoção e na institucionalização desses sujeitos em desenvolvimento. Para tanto, serão utilizados o método dedutivo e a pesquisa será exploratória, bibliográfica e qualitativa. Por fim, o trabalho apontará que, embora a legislação priorize o melhor interesse da criança e do adolescente, verifica-se o desrespeito a seus direitos, haja vista que esses futuros cidadãos são tratados como produtos, selecionados por particularidades que não garantem a criação de afetividade, privando aqueles que não se encaixam no perfil idealizado de integrarem um ambiente familiar.

Palavras-chaves: Adoção. Adotante. Adotado. Perfil do adotado. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A CHOICE OF ADOPTED PROFILE: AN OFFER TO THE PRINCIPLE OF HUMANDIGNITY

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: fabianamedeiross@outlook.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com

ABSTRACT

The approach in screen treats about the adoption process, focusing on the possibility for the postulant parents to choose a profile for the adopted by qualifying as applicants in the new system in the new National Adoption and Selection System. The purpose is to find out how far this selection offends the adopted"s rights, especially the dignity of the human person. Together, it intends to analyze the adoption institute, broaching its historical and legal aspects. In addition, we seek to examine the difference between the profile of children available for be adopted and the desired profile by the applicant, as well as researching the influence of this screening on the delay of the process of adoption and on institutionalization of these developing subjects. Therefore, the deductive method will be used and the research will be exploratory, bibliographical and qualitative. Finally, the work will aim at that, although legislation prioritizes the best interests of children and adolescents, verifies the disrespect for your rights, considering that these future citizens are treated as products, selected by particularities that do not guarantee the creation of affectivity, depriving those who do not fit the profile idealized to integrate a family environment.

Keywords: Adoption. Adopter. Adopted. Profile of the adopted. Principle of Human Dignity.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos das crianças e dos adolescentes experimentaram grandes avanços com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Constituição Federal de 1988 (CF). Sujeitos de direitos, elas devem ser protegidas em todas as relações jurídicas que fazem parte, inclusive na adoção, prevalecendo seu interesse em detrimento dos demais envolvidos.

Contudo, observada a realidade desse processo, percebe-se que essas garantias não possuem a abrangência esperada. A possibilidade de escolher características do adotado deixa o melhor interesse da criança e do adolescente em segundo plano, permitindo que haja uma pré-fabricação de ser humano, fazendo com que as crianças que não se enquadram no perfil idealizado sejam privadas, por motivos

inconsistentes, da possibilidade de ter uma família.

Dessa forma, o presente trabalho pretende analisar o instituto da adoção a partir dos princípios vigentes do nosso ordenamento jurídico, trazendo como foco a possibilidade dos pais postulantes escolherem o perfil da criança adotada e como isso pode afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, objetiva-se realizar uma reflexão sobre a diferença entre o perfil desejado pelos postulantes a pais e a realidade das crianças e adolescentes cadastradas no novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), bem como analisar a influência dessa possibilidade de escolher as características do adotado no processo de adoção.

Ademais, para a elaboração deste trabalho de conclusão de curso foi utilizado o método de abordagem dedutivo, em que sua problematização abarca questões transdisciplinares, envolvendo Direito da Família, Constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente para poder examinar até que ponto o atual processo de adoção afronta os princípios presentes no nosso ordenamento jurídico. Trata-se de uma pesquisa exploratória e bibliográfica, utilizando-se de fontes secundárias, como doutrina jurídica, artigos, trabalhos acadêmicos, Constituição Federal, legislação e jurisprudência, relacionadas à adoção. Além disso, trata-se de uma pesquisa qualitativa, na qual foram analisados dados estatísticos referentes aos números de crianças e adolescentes aptas à adoção e o de pessoas cadastradas como adotantes, bem como informações relativas às características mais desejadas pelos pais postulantes e o do perfil das crianças registradas no SNA.

Após essa breve introdução, no segundo capítulo da presente pesquisa, serão apresentados o conceito e a origem da adoção, analisando seu desenvolvimento na história, assim como a sua evolução legislativa no nosso país.

Posteriormente, no capítulo três, serão abordados os princípios constitucionais utilizados no Direito de Família, igualmente empregados no instituto ora estudado. Em seguida, será examinado se há um desrespeito a esses princípios pelo atual sistema de adoção, havendo, conseqüentemente, uma afronta aos direitos fundamentais dos adotados.

Ato contínuo, a possibilidade de se escolher o perfil do adotado no processo de adoção será tratada no quarto capítulo deste artigo. Para tanto, será feita uma explanação sobre o passo a passo para habilitar-se no atual SNA, apresentando as etapas prescritas até a sua conclusão com a obtenção da guarda definitiva. Após essa

análise, será averiguado se a seleção das características dos adotandos influencia na demora do processo de adoção.

Ademais, ainda no quarto capítulo, será abordada a institucionalização de crianças e adolescentes que foram entregues voluntariamente ou retiradas de forma compulsória de sua família original. Será apresentado o prolongamento do tempo desses futuros cidadãos dentro do abrigo, visto que inicialmente há a tentativa de reinseri-los na família biológica para que, só após seu fracasso, com a destituição do poder familiar, possam entrar no SNA como crianças aptas à adoção. Em seguida, será examinado se a possibilidade de escolher as características dos adotandos igualmente contribui para a institucionalização desses futuros cidadãos, uma vez que a maioria não possui o perfil idealizado pelos pretendentes.

Em seguida, no quinto capítulo, será levantada a adoção sem a prerrogativa de escolha de características do adotando, com a possibilidade dos pretendentes visitarem os abrigos, viabilizando a criação de vínculo com as crianças e adolescentes ali presentes, bem como a oportunização de esses postulantes entrarem no programa de apadrinhamento. Por fim, serão apresentadas algumas ações promovidas para possibilitar a visualização desses futuros cidadãos, estimulando a adoção tardia de crianças e adolescentes que se encontram dentro das instituições de acolhimento.

Por último, o sexto capítulo irá trazer a conclusão, mostrando até que ponto a possibilidade de escolher as características do adotado fere a dignidade humana dessas crianças, concluindo que esse princípio precisa nortear a prática da adoção, não podendo os adotados serem reduzidos à condição de coisa. Esses seres em desenvolvimento devem ser protegidos de forma integral, bem como precisam ser garantidos seus direitos fundamentais.

2 ADOÇÃO

Segundo Maria Berenice Dias (2016, p. 437), a adoção é uma “modalidade de filiação constituída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção”. No Brasil, esse instituto é normatizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pelo Código Civil e pelas Leis nº 12.010/2009 e 13.509/2017. Essas

regulamentações possuem como propósito a proteção integral e igualitária das crianças e dos adolescentes.

Logo, a adoção deve priorizar as reais necessidades, interesses e direitos do adotando, consistindo-se em um ato voluntário, a qual permite que aquelas que foram destituídas do poder familiar possam obter uma família que lhes proporcione benefícios, tanto de cunho financeiro como afetivo.

A adoção é um instituto milenar que passou por diversas transformações ao transcorrer do desenvolvimento da humanidade. Segundo Lúcia Weber (2010), seu primeiro caso ocorreu no século 28 a.C., quando Sargon I, rei-fundador da Babilônia, foi encontrado, por um homem simples, em uma cesta que flutuava em um rio, sendo criado como seu filho legítimo. Contudo, o primeiro registro legislativo sobre esse instituto só foi identificado no Código de Hamurabi, criado por volta de 1780 a.C. na sociedade mesopotâmica (WEBER, 2010).

De acordo com Weber (2010), o rigoroso controle demográfico dos povos antigos teve influência na adoção, visto que os pais, junto com o Estado, escolhiam se os recém-nascidos viveriam ou seriam jogadas na rua, nesse último caso, acarretando na adoção de algumas dessas crianças. Esse poder ilimitado dos pais sobre seus filhos foi reforçado pelo Código de Justiniano, criado em Roma no Império Bizantino (VENOSA, 2017).

A adoção sofreu grande impacto em razão das questões religiosas e jurídicas daquela época. O seu objetivo era a conservação do culto familiar, ou seja, o instituto era empregado para que a devoção aos deuses não se encerrasse com o óbito daqueles que não possuíam herdeiros, principalmente um sucessor masculino, proporcionando o seguimento da religião doméstica, bem como a sucessão dos bens e das atividades políticas (VENOSA, 2017). Desse modo, o interesse do adotante prevalecia, ocorrendo a prática da adoção pelo medo da extinção daquele núcleo familiar.

Com o advento da Idade Média, o instituto perdeu forças em razão da influência religiosa da época, visto que, a Igreja acreditava que a adoção era opositora ao casamento (GONÇALVES, 2018). Posteriormente, voltou a ser aplicado na Idade Moderna, presente no Código de Napoleão, que visava o bem-estar das crianças e adolescentes e, subseqüentemente, adotado por inúmeras legislações, com exceção da Inglaterra, que a introduziu apenas em 1926 (WEBER, 2010). Contudo, somente após a

Primeira Grande Guerra, na qual milhares de crianças se tornaram órfãs, o instituto adquiriu maiores proporções sociais (WEBER, 2010).

No Brasil, a adoção encontra-se presente desde o Império, porém, ela só foi reconhecida como vínculo familiar na vigência do Código Civil de 1916, com a modalidade de adoção simples, realizada por escritura pública (DIAS, 2016). Nela, apenas maiores de 50 (cinquenta) anos, que não possuíam descendentes e tivessem ao menos uma diferença de idade com o adotado de 18 (dezoito) anos, poderiam adotar (GONÇALVES, 2018). De acordo com Dias (2016), o vínculo só era gerado entre o adotante e o adotando, ou seja, os demais membros do núcleo familiar biológico daquele não teriam relação com esse, bem como ainda havia a possibilidade da dissolução dessa associação.

Com a promulgação da Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957, um novo conceito de adoção foi apresentado, deixando de ter como foco apenas o interessado adotante. Essa lei possibilitou a adoção por parte de pais que já possuíam herdeiros, além de diminuir a idade do adotante para 30 (trinta) anos, contanto que a diferença entre eles fosse de 16 (dezesseis) anos (MADALENO, 2018). Todavia, o laço com os pais biológicos não era desfeito, o que originou a prática da “adoção à brasileira”, ou seja, os adotantes registravam a criança como seu filho natural para que assim não precisassem dividi-los com a família de origem (GONÇALVES, 2018).

Posteriormente, com o advento da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, os seus direitos passaram a ser levados ainda mais a sério. Em 1965, com a vigência da Lei nº 4655, outra modalidade de adoção foi apresentada, a legitimação adotiva, constituída por via judicial. De acordo com Dias (2016), o vínculo com a família biológica acabava e o novo não poderia ser dissolvido, além de o adotado começar a desfrutar de direitos sucessórios. Todavia, essa Lei foi revogada em 1979 com a chegada do Código de Menores, na qual a adoção simples, prevista no Código Civil de 1916, continuou como uma modalidade de adoção e a legitimação adotiva foi substituída por uma nova, a plena, que prosseguiu com seus preceitos (DIAS, 2016). A Lei abordou sobre a questão dos abrigos para as crianças e adolescentes órfãs, bem como para aquelas que foram retiradas do convívio familiar ou que estivessem em situação de desamparo (CARDOSO, 2018). O objetivo dessas instituições estatais era garantir o bem-estar e o respeito aos direitos dessas crianças e adolescentes, porém, ao não trazer nenhuma contribuição para a questão da adoção,

elas continuavam na mesma situação, o que tornou esses abrigos apenas um meio de proteção.

Em seguida, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe diversas inovações, dentre elas podemos destacar o artigo 227, §6³. A partir daquele momento, os filhos havidos dentro ou fora do casamento, bem como os adotados, começaram a ser tratados sem distinções, com os mesmos direitos e obrigações (BRASIL, 1988). Além disso, encerrou-se o caráter contratual do instituto, podendo “ser observados dois aspectos na adoção: o de sua formação, representado por um ato de vontade submetido aos requisitos peculiares, e o do *status* que gera, preponderantemente de natureza institucional” (GONÇALVES, 2018, p. 182).

Adiante, sobrevieram, com o progresso do nosso ordenamento jurídico, avanços nos direitos das partes envolvidas no processo. O Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecido popularmente como ECA, encerrou com a adoção simples para os menores de 18 (dezoito), ou seja, a partir daquele momento essa modalidade só poderia ser usada nos casos envolvendo adotandos com idade igual ou superior àquela (LÔBO, 2018). Assim, a adoção legal foi dividida em duas espécies, a civil, também conhecida como restrita, que era a adoção simples, regulada pelo Código Civil de 16; e a estatutária, a intitulada adoção plena, presente no ECA (LÔBO, 2018).

Em 2002, adveio o Novo Código Civil, vigente até os dias de hoje, igualando o sistema de adoção tanto para os menores de 18 (anos) quanto para os maiores, prevalecendo a adoção plena (LÔBO, 2018). Contudo, além dessa alteração, o Código não trouxe mais nenhuma novidade para o instituto da adoção. Apenas em 2009, com a Lei nº 12.010, diversas inovações foram inseridas no ECA. Esse novo diploma legal humanizou o sistema da adoção, disciplinando sobre as suas diversas modalidades, bem como o desburocratizando, visto que o processo detinha de grande retardamento.

Dentre as mudanças na legislação, temos o cadastro único de pais que pretendem adotar; o dever do poder público dar assistência às gestantes que demonstrem vontade de entregar seus filhos para adoção; o prazo máximo de 2 anos para abrigamento, devendo o juiz analisar e justificar a cada 6 meses; deve haver a preferência da família extensa (tios, primos e cunhados) para adoção; a necessidade de manter irmãos unidos sob a responsabilidade da mesma família; e as crianças maiores de 12 anos devem ser ouvidas pelo Juiz no processo de adoção (OLIVEIRA, 2011, p. 14).

³ 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.

Mesmo com as mudanças da Lei nº 12.010 para facilitar o procedimento da adoção, ainda havia insatisfação por parte dos adotantes, visto que o processo continuou extenso, na qual mesmo conseguindo a guarda dos adotados, a adoção em si não finalizava em um prazo razoável. Contudo, o objetivo desse novo dispositivo não é apenas agilizar o processo, mas também assegurar uma maior proteção a esses futuros cidadãos, principalmente aqueles em situação de risco, amparando-os por meio de medidas que facilitem seu acesso à convivência familiar, para que o acolhimento institucional só seja efetuado como última alternativa.

A última alteração no instituto da adoção foi realizada em 2017, com a entrada em vigor da Lei 13.509/2017. Nesse sentido, foi criado o programa de apadrinhamento, inserido no artigo 19-B, desinstitucionalizando as crianças e adolescentes a partir do seu contato com um ambiente familiar e afetivo, por meio de padrinhos e madrinhas. Para participar desse programa, o interessado deve ter mais de 18 anos e não fazer parte da instituição ou da família acolhedora, bem como não pode estar inscrito no cadastro de adoção (BRASIL, 1990). Do mesmo modo, também poderá ocorrer o apadrinhamento por pessoa jurídica, porém, nessa situação, o propósito será apenas o de dar assistência econômica, não havendo um laço afetivo (CARDOSO, 2018). Além disso, caso seja verificado algum tipo de violação das regras de apadrinhamento, os encarregados do programa irão comunicar à autoridade judiciária competente (CARDOSO, 2018).

Ademais, ainda houve modificação no estágio de convivência entre o adotado e o adotante, dado que o prazo de convívio passou de indeterminado para um período de no máximo 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período (BRASIL, 1990). Vale destacar que essa fase é de extrema importância para o sucesso da adoção, uma vez que é nela que se alcança o vínculo afetivo entre as partes. Para tanto, uma equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude auxilia nessa etapa (CARDOSO, 2018). Seus especialistas produzem relatórios habituais acerca do convívio entre eles, haja vista que estamos tratando de crianças e adolescentes, sujeitos em desenvolvimento, devendo ser resguardado com prioridade absoluta seu bem-estar.

Dentre as mudanças mais relevantes realizadas por essa nova lei, podemos destacar a regulamentação da ação de perda ou suspensão do poder familiar; a convivência integral da mãe adolescente, que está inserida no programa de acolhimento

institucional, com seu filho; a redução do prazo máximo de acolhimento institucional, na qual antes eram 2 (dois) anos e agora passou a ser de 18 (dezoito) meses; a facilitação no procedimento realizado quando a gestante manifesta o interesse em entregar seu filho para adoção; e as alterações realizadas no sistema de habilitação da adoção, que serão explanadas mais adiante (CARDOSO, 2018).

Dessa forma, pode-se concluir, ao analisar o desenvolvimento legislativo da adoção ao longo do tempo, que o instituto evoluiu, não sendo considerado um ato de caridade, mas sim uma prática voluntária, gerada pela afetividade, que possibilita o alcance da filiação, apresentando como prioridade o melhor interesse da criança e do adolescente. Conseqüentemente, os princípios constitucionais devem nortear esse processo, encaminhando os adotantes a uma posição digna para que possam se desenvolver usufruindo de todos seus direitos e garantias, como veremos no próximo capítulo.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA APLICADOS À ADOÇÃO

Há, no nosso ordenamento, princípios expressos na Constituição Federal de 1988 que são utilizados na interpretação do sistema jurídico atual. Contudo, nem todos os princípios regentes são encontrados de forma evidente, ou seja, estão implícitos na Carta Maior, “inscritos no espírito ético dos ordenamentos jurídicos” (PEREIRA, 2012, p. 45). Ainda assim, eles possuem a mesma hierarquia que aqueles, devendo ser utilizados na hermenêutica. Além disso, eles ainda são divididos em específicos, utilizado em casos singulares; os gerais, isto é, aqueles que podem ser aplicados por todos os ramos do direito; e os fundamentais.

A legislação brasileira acolhe o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no artigo 227 da Constituição Federal de 1988⁴, bem como nos artigos 4º e 6º do ECA⁵. Segundo seus textos (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990), o Estado, com a sociedade e a família, tem o dever de zelar, com prioridade absoluta, o bem-estar e cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, haja vista a importância desses sujeitos em pleno desenvolvimento, pertencentes às próximas gerações.

Sendo as crianças partes da humanidade, seus direitos não se exercem separada ou contrariamente ao de outras pessoas, o princípio não está formulado em termos absolutos, mas que o interesse superior da criança é tido como uma „consideração primordial“. O princípio é de prioridade e não de exclusão de outros direitos ou interesses. (BRUÑOL, 1997 apud LÔBO, 2018, p. 56).

Segundo Lôbo (2018), a origem do princípio do melhor interesse da criança do adolescente adveio do instituto inglês do *parens patriae* como uma forma de atribuir vantagem para aqueles que não podiam se autodefender. Posteriormente, foi usado em 1813 no caso *Commonwealth v. Addicks*, na Pensilvânia, quando a referida Corte concedeu a guarda do filho para a genitora, acusada de adultério, com a justificativa de que essa decisão atenderia ao melhor interesse da criança (LÔBO, 2018). Assim, a prática de decidir em favor dos pais começou a ser rompida, passando-se a compreender que esses futuros cidadãos são sujeitos de direitos, não objetos do processo.

Ademais, outro princípio imprescindível para o estudo da adoção é o da convivência familiar, igualmente encontrado no artigo 227 da Carta Maior, assim como presente no artigo 1.513 do Código Civil⁶ (BRASIL, 2002) na frase “comunhão de vida instituída pela família”. Além das crianças, ele abarca todos os membros de uma família, sendo responsabilidade do Estado, da sociedade e da própria família assegurar que esse

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

⁶ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

direito seja respeitado.

Vale salientar que o seio familiar não é apenas os pais e filhos, bem como não está restrito a uma casa. Ele engloba todos que, por um vínculo afetivo contínuo, fazem parte de um grupo familiar, em um espaço comum, que lhes pertença. É imprescindível que todos os seus componentes encontrem-se amparados e resguardados dentro daquele núcleo, principalmente as crianças e adolescentes, uma vez que esse é o primeiro contato que eles possuem com a sociedade.

Consequentemente, a Lei 12.010, de 2019, traz como um de seus propósitos o respeito ao direito da convivência familiar para todos esses futuros cidadãos. É notório que na maioria das vezes esse princípio se consagra de forma natural, no seio da própria família biológica. Contudo, nos casos em que ele não possa ser exercido, o Estado terá o dever de realizar medidas que assegurem a essas crianças e adolescentes um ambiente familiar, tornando possível seu desenvolvimento de forma digna, na qual a adoção é um meio para a concretização desse objetivo.

A afetividade, princípio implícito da Constituição Federal de 1988, é indispensável para um convívio harmônico e respeitoso entre os integrantes de uma família. Inicialmente, foi desenvolvida por outras áreas de estudo, só entrando no mundo jurídico com o advento da Carta Maior e com a aparição dos novos arranjos de família. Embora ela aconteça por livre vontade, segundo Lôbo (2018, p. 53), a afetividade jurídica é um dever imposto aos genitores em relação aos filhos, mesmo que não exista amor ou afinidade entre eles, deixando de produzir efeitos apenas com o óbito ou com a destituição do poder familiar. Essa obrigação acaba sendo reforçada pelas diretrizes legislativas, a fim de que os direitos das partes sejam respeitados.

Destarte, conforme Dias (2016), o afeto tornou-se o princípio norteador do ramo do direito de família. Sua presença pode ser observada no texto do artigo 1.593 do Código Civil (BRASIL, 2002) ao afirmar que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Desse modo, os laços sanguíneos deixaram de ser o único modo de se estabelecer uma família, uma vez que, atualmente, a afetividade também se transformou em um fator determinante para a sua concepção.

Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (CC, art. 1.593), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1.597, inc. V); na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional (MADALENO, 2018, p. 146).

Na adoção, a afetividade possui um papel primordial, visto que o vínculo entre as partes não é biológico, mas sim afetivo. Isso posto, esse instituto deve levar em conta o afeto entre o adotado e o adotante, conforme entendimento dos tribunais⁷, atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente.

A adoção é um modo de propiciar uma vivência digna para os crianças e adolescentes em situação de risco, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, encontrado na Constituição Federal de 1988, já no seu 1º artigo, inciso III (BRASIL, 1988). Logo, para a construção de uma sociedade democrática, é necessário cidadãos com condições dignas de vida, devendo ser garantida dignidade a todos, pelo simples fato de ser humano. Assim, esse princípio sobreveio a partir da necessidade do Constituinte em assegurar-lhes direitos fundamentais.

É evidente a relevância da dignidade da pessoa humana no mundo jurídico brasileiro, uma vez que ele norteia os demais princípios presentes no nosso ordenamento. Contudo, a sua amplitude abre espaço para diversas interpretações, sendo usado no Judiciário com bastante frequência. Além disso, o Estado, além de respeitá-lo, deve utilizá-lo como uma bússola para guiar seus atos.

No direito de família, o princípio estudado possui grande relevância, visto que o respeito recíproco entre os seus membros é essencial nas suas interações. Outrossim, a dignidade da pessoa humana é resguardada às crianças e adolescentes com prioridade absoluta, conforme o artigo 227 da Constituição Federal vigente (BRASIL, 1988). Sujeitos de direitos, elas necessitam do mínimo necessário, de

⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO LIMINAR DE GUARDA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE AFETIVIDADE. COMPROVAÇÃO. CRIANÇA INSTITUCIONALIZADA. AGRAVANTE PARTICIPANTE DO PROGRAMA FAMÍLIA ACOLHEDORA. CONHECIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS. BUSCA PELO INCENTIVO PARA COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA COM POSTERIOR ADOÇÃO. DESEJO EM CUIDAR DA CRIANÇA EVIDENCIADO. ATENDIMENTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA EM DETRIMENTO ÀS FORMALIDADES PROCEDIMENTAIS. GUARDA QUE DEVE SER DEFERIDA. INSERÇÃO DA CRIANÇA EM SEIO FAMILIAR. DECISÃO REFORMADA. PLEITO LIMINAR CONCEDIDO NA INTEGRALIDADE. AGRAVO PROVIDO. (Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0019712- 05.2016.8.05.0000, Relator (a): Gardenia Pereira Duarte, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 04/04/2018).

condições básicas que garantam seus direitos, para que possam se desenvolver de forma digna. Destarte, procurou o Professor Ingo Wolfgang Sarlet conceituar a dignidade humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2011, p. 60).

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana repudia toda forma de coisificação do ser humano. Ela é em si mesma absoluta, indisponível, associada à liberdade, à intimidade, à honra e à integridade física e moral do indivíduo. Ademais, é responsabilidade estatal garantir, com prioridade absoluta, os direitos fundamentais dos adotados, visto que eles se encontram em situação de vulnerabilidade.

Todavia, como mencionado anteriormente, o princípio da prioridade absoluta não subordina apenas o Estado, mas também a família, o Poder Público e toda a sociedade. Previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, e amparado pelo ECA, ele gera um tratamento diferenciado para as crianças e os adolescentes, na qual suas necessidades devem ser satisfeitas com prioridade, em virtude da sua condição como sujeitos em desenvolvimento.

Isso posto, as normas presentes no nosso ordenamento jurídico têm o intuito de resguardar, de forma absoluta, nossos futuros cidadãos, de forma a respeitar o princípio da proteção integral, decorrente da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, sustentado pela Constituição Federal e pelo ECA. Contudo, os mecanismos empregados para assegurar esse respeito aos adotados detêm grande demora, ocasionando dolorosos anos de espera para aqueles que desejam possuir uma família e uma vida digna, com todos os seus direitos apreciados.

3.1 O DESRESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ADOTADO

No Brasil, existem milhares de crianças e adolescentes que anseiam ser inseridas em um lar. A adoção permite que essa realidade seja alcançada

introduzindo-as em um núcleo familiar que lhes proporcione um bom desenvolvimento, suprindo suas necessidades.

O ECA, em seu artigo 43, prevê que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotado e fundar-se em motivos legítimos” (BRASIL, 1990), resguardado o melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, o Estatuto busca colocar esses futuros cidadãos em um lar que os favoreça, garantindo possibilidades para que sejam inseridos em um ambiente salutar, gozando do seu direito à convivência familiar, resguardado pela Constituição Federal no seu artigo 227. O artigo 3º, do ECA⁸ (BRASIL, 1990), assegura a esse grupo todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Contudo, apesar de a legislação vigente velar pelo melhor interesse da criança e do adolescente, constata-se desrespeito aos seus direitos. Ao entrar com o processo de adoção, é apresentada aos pais postulantes a escolha de características do adotando, como será exposto nos próximos capítulos desse trabalho, proporcionando a idealização de um filho. Em consequência, a chance de ser adotado depende de traços físicos e da sua condição de saúde, deixando de lado a afinidade e a afetividade.

Dessa forma, eles acabam sendo tratados como produtos, reféns de um processo baseado em particularidades como sua cor de pele, sua idade e sua saúde, deixando para trás seu valor como ser humano, além de expô-los a abalos emocionais e psicológicos pelo medo de não serem considerados adotáveis. Segundo Lôbo, “viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique ou objetive a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto” (2018, p. 42). Logo, percebe-se que não é assegurado o melhor interesse da criança e do adolescente, ocorrendo a opressão dos seus direitos, em detrimento das necessidades dos adotantes, bem como há o desrespeito a princípios que regem nosso ordenamento jurídico.

4 A IDEALIZAÇÃO DO ADOTADO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE CRIANÇAS

É incessante a quantidade de crianças e adolescentes à espera de uma família

⁸ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

que os adote. Segundo os dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), presente no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019), atualmente existem no Brasil 9.567 crianças e adolescentes cadastradas, 5 mil estando aptos à adoção e 46.099 pretendentes. A preferência é a conservação do núcleo familiar de origem, sendo a adoção a última opção para essas crianças e adolescentes. Contudo, não havendo condições para mantê-las com sua família biológica, passam a compor o novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), aprovado pelo CNJ em agosto de 2019, que juntou o CNA com o Cadastro de Crianças Acolhidas, entrando em funcionamento em outubro do mesmo ano.

Em contrapartida, conforme o site do CNJ, qualquer pessoa, com no mínimo 18 (dezoito) anos, independente do estado civil, pode se habilitar, de forma gratuita, para a adoção, contanto que a diferença de idade entre os dois seja de pelo menos 16 (dezesesseis) anos. Para tanto, o pretendente deve se dirigir à Vara de Infância e Juventude da comarca em que reside com os documentos exigidos, que serão autuados pelo cartório e em seguida enviados ao Ministério Público junto com o requerimento, chamado de petição inicial (DIAS, 2018). Posteriormente, haverá uma entrevista preliminar com a equipe técnica do Poder Judiciário para que seja realizado a análise e orientação dos pais postulantes (CNJ, 2019).

De acordo com o artigo 197-C, §1º, do ECA⁹, a participação dos adotantes no programa de preparação para adoção é requisito legal para entrar no SNA (BRASIL, 1990). Será apresentada aos pretendentes à adoção uma preparação jurídica e psicossocial sobre o assunto (DIAS, 2018). Após, o juiz, ao examinar o requerimento, irá decidir, de forma fundamentada, sobre a habilitação à adoção, que terá validade, caso deferido, de 3 (três) anos, prorrogável pelo mesmo período (CNJ, 2019). Vale destacar que o indeferimento do pedido não impede uma futura tentativa de entrar com o processo. Em consequência da aprovação, as informações dos pretendentes serão introduzidas no sistema nacional para que entrem na fila, bem como será incluído o perfil da criança e/ou do adolescente que desejam adotar.

“Deferida a habilitação, o postulante é inscrito no cadastro, aguardando —

⁹ §1º É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar e dos grupos de apoio à adoção devidamente habilitados perante a Justiça da Infância e da Juventude, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

durante anos – receber um telefonema que o informe que existe alguém que corresponde ao perfil eleito” (DIAS, 2018, p. 114). Dessa forma, o sistema aguarda aparecer alguma criança com as características desejadas, respeitando os outros pretendentes à adoção que aspiram pelo mesmo perfil, colaborando para a longa fila de espera.

A partir dos dados apresentados anteriormente, observa-se que há uma grande disparidade entre os números de pretendentes e de crianças/adolescentes aptas à adoção. Apesar disso, mesmo havendo mais postulantes a pais que crianças disponíveis, essa última categoria continua numerosa.

Segundo Cinara Vianna Dutra Braga, promotora de Justiça da área de Infância e Juventude do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS), o que explica essa discrepância entre o número de pretendentes e o de crianças aptas para adoção é, principalmente, o perfil pré-determinado pelas famílias. "Muitos adotantes procuram crianças bem pequenas ou recém-nascidas, com idade máxima de três anos, de raça branca e saudável, preferencialmente meninas. No entanto, a maioria das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, pelo menos em Porto Alegre, tem mais de 11 anos de idade e foge desse padrão." (ALEGRE, 2019, p. internet).

Conforme o levantamento do CNA (CNJ, 2019, p. internet), 13,97% dos pretendentes cadastrados só adotam crianças brancas; 57,46% aceitam apenas crianças com até 4 (quatro) anos de idade; 61,39% não aceitam adotar irmãos; e 60,3% só aceitam crianças sem doença. Em contrapartida, 49,57% das crianças/adolescentes cadastradas são pardas; 54,92% possuem irmãos; 23,38% têm algum problema de saúde; e 53,14% têm entre 10 e 17 anos de idade (CNJ, 2019, p. internet).

Ao ser encontrada uma criança ou adolescente que preencha os requisitos estabelecidos pelos postulantes, esses serão chamados pelo Poder Judiciário, seguindo a ordem cronológica de habilitação, para conferir seus dados pessoais e informar se têm interesse em dar início ao estágio de convivência (CNJ, 2019, p. internet). Mais uma vez a equipe técnica entrará em cena, realizando o acompanhamento e orientação dos postulantes no período de coabitação com as crianças/adolescentes, que terá duração de no máximo 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período (BRASIL, 1990), gerando nesse estágio a guarda provisória.

Entretanto, essa etapa do processo de adoção nem sempre é bem-sucedida, podendo haver a “devolução” dessas crianças/adolescentes para a casa de acolhimento

em razão da falta de adaptação e vínculo entre as partes. Assim, além desses futuros cidadãos serem privados de integrar um ambiente familiar por não possuírem as particularidades mais desejadas pelos adotantes, essa seleção não assegura a ocorrência de afeto entre eles.

Segundo o artigo 19-A, §7º, do ECA¹⁰, ao final do estágio de convivência, inicia-se um prazo de 15 (quinze) dias para os pretendentes entrarem com a ação de adoção, que, de acordo com o artigo 47, §10¹¹, da lei supracitada, deverá ser finalizado no máximo em 120 dias, podendo ser prorrogado uma vez pelo mesmo período de tempo por meio de uma decisão fundamentada (BRASIL, 1990). Ao proferir a sentença, o juiz deverá atentar-se sobre a criação do vínculo socioafetivo entre as partes. Caso seja positivo, será confeccionado um novo registro de nascimento (CNJ, 2019, p. internet), e como resultado, o adotado terá os mesmos direitos de um filho biológico, conforme a CF.

O processo de adoção pode ser longo. Entre a aprovação do pretendente para integrar a lista de pessoas aptas a adotarem uma criança e a conclusão do processo para receber a guarda definitiva de alguém, a espera pode ultrapassar os cinco anos (LIMA, 2019).

Diante do exposto, percebe-se que há um despreparo do Poder Judiciário em orientar os pais postulantes de forma eficaz sobre a realidade das crianças e adolescentes que estão aptas para a adoção, uma vez que existe uma idealização por meio dos pretendentes em relação ao perfil do adotado. Conseqüentemente, aqueles futuros cidadãos que não se enquadram nas características escolhidas pelos pais postulantes acabam passando grande parte de seu desenvolvimento em instituições de abrigo.

Como resultado, elas crescem sem o laço formado em uma estrutura familiar, carentes de amor, vínculo afetivo e segurança, elementos fundamentais para a construção de suas personalidades. Segundo Dias (2018), essas crianças institucionalizadas acabam sendo praticamente encarceradas, privadas de receber visita dos candidatos a adotá-las ou de pessoas que pretendem realizar algum trabalho

¹⁰ §7º Os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

¹¹ §10. O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

voluntário, não recepcionando nem mesmo os grupos de apoio à adoção.

De acordo com Weber (2005, p. 21), os “pais são aquelas pessoas que [...] ajudam a construir a identidade e o desenvolvimento de uma criança”. Portanto, mesmo que algumas instituições de abrigamento tenham condições para atender esses futuros cidadãos, o que eles necessitam é de uma família (DIAS, 2018). O período que essas crianças passam lá dentro deve ser o mais curto possível, contudo, em razão da preferência pela manutenção da família de origem, primeiro há a tentativa de reinseri-las com seus genitores, e após seu fracasso, “são buscados os parentes, a quem essas crianças são oferecidas [...] como meros objetos e não como seres humanos, cuja dignidade há de ser priorizada” (DIAS, 2018, p. 107). Conforme o artigo 19-A, §3º, do ECA¹² (BRASIL, 1990), o prazo para procurar a família extensa é de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período, porém, segundo Dias (2018), há um desrespeito a esse parágrafo, havendo a prolongação dessa busca sem nenhuma futura consequência, afrontando ainda o artigo 101, §1º, do ECA¹³ (BRASIL, 1990), visto que o acolhimento no abrigo deve ser apenas provisório.

O fato é que justificativas não faltam para que o período de abrigamento seja prolongado. Basta atentar ao desleixo do Estado em criar políticas públicas para estruturar a família e manter com ela a guarda de seus filhos. Também há a falta de comprometimento dos municípios com as instituições de abrigamento. Soma-se a tudo isso a absoluta falta de estrutura do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública para a agilização dos procedimentos que asseguram o direito a um lar a quem se encontra afastado de sua família de origem (DIAS, 2018, p. 105).

Desse modo, essas crianças e adolescentes passam anos no abrigo, à espera de um lar, tornando cada vez mais difícil que sejam escolhidas, uma vez que, conforme dados já apontados, mais da metade dos postulantes querem crianças com até quatro anos. Até mesmo os pretendentes acabam se frustrando com a demora, gerando angústia e desesperança em constituir uma família. Assim, além de ferir o princípio da convivência familiar, institucionalizando as crianças e adolescentes que foram entregues de forma voluntária ou retiradas compulsoriamente de sua família biológica, a demora do processo gera transtornos emocionais e psicológicos nas partes.

¹² § 3º A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

¹³ § 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

5 A ADOÇÃO SEM A PRERROGATIVA DE ESCOLHA DE CARACTERÍSTICAS DO ADOTANDO

Em face do exposto, o atual processo de adoção precisa ser modificado, prestigiando, de forma prioritária, as crianças e os adolescentes. Assim, deve haver a subtração da escolha do perfil do adotando, destacando a criação de laços afetivos entre as partes, visto que esse é um fator determinante nas relações familiares. Para tanto, é indispensável que os pretendentes tenham contato com esses sujeitos de direito, já que a afetividade se origina por meio do convívio e não em razão de traços físicos.

Contudo, no atual sistema de adoção, além dos candidatos não terem acesso às crianças e adolescentes em regime de acolhimento, segundo o artigo 19- B, §2¹⁴, do ECA (BRASIL, 1990), os postulantes também não podem fazer parte do programa de apadrinhamento. Essas restrições impedem que haja uma identificação entre as partes a partir da criação de um vínculo afetivo, tornando ainda mais difícil a possibilidade dos pretendentes flexibilizarem o perfil idealizado.

Com tal condenação à invisibilidade, grupos de irmãos, adolescentes e crianças maiores, negras, pardas ou com algum tipo de deficiência física ou mental não têm a mínima chance de cativar alguém. Afinal, ninguém adota uma criança com alguma espécie de limitação se não a tiver conhecido e não tiver se encantado por ela (DIAS, 2018, p. 115).

Mesmo que a priori a justiça não realize a divulgação desses jovens, nem sequer sendo possível haver o contato dos pretendentes com as crianças aptas à adoção, algumas comarcas implantaram programas que apostam na visibilidade desses futuros cidadãos com o objetivo de estimular a adoção daqueles que estão em instituições de acolhimento e não possuem os atributos mais desejados pelos pretendentes.

Inicialmente, vale ressaltar o aplicativo “A.DOT”, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, por meio da Corregedoria Geral da Justiça do Paraná e do Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e da Juventude (CONSIJ-PR), em parceria com o Grupo de Apoio Adoção Consciente (GAACO) e da Agência Bla&Blu (CORREGEDORIA

¹⁴ §2º Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

GERAL DA JUSTIÇA, 2018). Ele disponibiliza, com a permissão do magistrado, fotos, vídeos, desenhos e informações sobre os jovens, objetivando despertar o interesse de algum pretendente que, ao se manifestar pelo próprio aplicativo, é autorizado pelo juiz a entrar em contato com a criança ou o adolescente selecionado.

Outrossim, destaca-se o site “adote uma boa-noite”, elaborado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo com a Agência F/NAZCA, que após um ano do seu desenvolvimento, foi indicado como um dos finalistas do Prêmio Innovare, na categoria Tribunal (MIRANDA, 2018). Encontrando-se aberto ao público, são divulgados fotos e depoimentos escritos com o propósito incentivar a adoção de crianças com mais de 7 (sete) anos, assim como as que possuem algum tipo de deficiência.

Da mesma forma, no Estado do Rio Grande do Norte, foi elaborado o projeto “eu existo” pela Corregedoria Geral de Justiça (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE, 2018), com a construção de um site no qual são disponibilizados vídeos de jovens aptos à adoção para que os interessados em adotar possam conhecê-los melhor. Contudo, além da página da internet, as gravações também são transmitidas na televisão.

Diante disso, mesmo não havendo interação entre as partes, esses programas tentam aproximar os pretendentes com as crianças e adolescentes disponíveis à adoção, retirando-as do anonimato, ampliando suas chances em serem escolhidas por meio da cativação dos postulantes por quem anseia ser inserido em um lar.

A maioria dos adotantes, despreparada para a tarefa da adoção, quer imitar a biologia e procura recém-nascidos [...]. É evidente que o acolhimento precoce seria a melhor solução, mas, infelizmente, temos uma situação já instalada de milhares de crianças maiores esperando uma família que as acolha, tornando as adoções mais delicadas, pois a criança já possui uma história, geralmente uma história de dor e abandono (WEBER, 2005, p. 15).

Por outro lado, o evento “Adoção na Passarela”, realizado em um shopping de Cuiabá, no dia 21 de maio de 2019, pela Associação Mato-grossense de Pesquisa e Apoio à Adoção (Ampara), em parceria com a Comissão de Infância e Juventude (CIJ) da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Mato Grosso (OAB- MT) e outras entidades do Estado (LEMOS, 2019), igualmente possuía como objetivo facilitar a adoção, contudo expondo como produtos essas crianças e adolescentes por meio de um desfile na passarela do centro comercial da cidade. Elas foram exibidas como mercadorias,

“cheias de sonhos e desejos, buscando aprovação a partir de um desfile, como se para amar um filho tivéssemos que admirá-los fisicamente” (D'ÁVILA apud LEMOS, 2019). Segundo a Defensoria Pública de Mato Grosso (apud LEMO, 2019) "corre-se o risco de que a maioria dessas crianças e adolescentes não seja adotada, o que pode gerar sérios sentimentos de frustração, prejuízos à autoestima e indeléveis impactos psicológicos".

Ao escolher um filho por determinados estereótipos, estamos o coisificando, ferindo sua dignidade. Todos, sem distinção, merecem se desenvolver em um ambiente saudável, com amor e afeto. Ao entrarem nos cuidados do Estado por terem sido entregues ou retirados de sua família original, espera-se que ele forneça sua proteção integral, priorizando o bem-estar desses seres em desenvolvimento.

Assim, apesar de o nosso ordenamento jurídico possuir diversas normas que buscam o melhor interesse desses sujeitos de direito, as tentativas de agilizar e aperfeiçoar a adoção se mostram infrutíferas, afrontando princípios presentes no nosso ordenamento jurídico, bem como gerando abalos nesses seres em desenvolvimento. Logo, esses princípios precisam ser empregados de forma eficaz, não apenas com modificações de cunho legal, mas também a partir de significativas mudanças sociais (ORSELLI; ANASTACIO, 2010). Segundo Dias (2018), é necessário haver uma redução nos prazos processuais da adoção, assim como ser permitida a possibilidade dos pretendentes cadastrados em conhecer as crianças e adolescentes que se encontraram nos abrigos.

Enquanto não forem abertas as portas dos abrigos, crianças e adolescentes com deficiências, doenças crônicas ou necessidades específicas de saúde jamais serão adotadas. De outro lado, a falta de sensibilidade de alguns juízes, promotores e defensores acaba praticamente por inviabilizar a adoção. O intuito de proteger acaba por emperrar a tal forma os sucessivos e morosos procedimentos, que a adoção se torna um sonho inacessível, não só para quem quer adotar, mas principalmente para quem anseia por uma família (DIAS, 2018, p. 121).

Entretanto, enquanto essa realidade não é alcançada, é necessário acabar com o preconceito que envolve a adoção, apresentando um novo conceito de filiação e incentivando a flexibilização da escolha do perfil do adotado. Para tanto, devem ser realizadas divulgações como as executadas nos projetos anteriormente mencionados, bem como empregar outras formas de promover o instituto, tais como palestras, ações sociais e trabalhos pedagógicos. O Estado junto com operadores de direito e os Grupos

de Apoio à Adoção devem veicular a importância da adoção para as crianças e adolescentes cadastradas no SNA, uma vez que se trata de sujeitos em desenvolvimento, em situação de vulnerabilidade em consequência ao desrespeito de seus direitos, consistindo a adoção na única maneira de reaver suas garantias e serem inseridas em um lar.

Assim, deve ser providenciada o mais rápido possível sua inserção dentro de uma família, passando o mínimo de tempo dentro de um abrigo. Deixar uma criança dentro de uma instituição esperando alguém que as queira é o mesmo que tratá-las como objeto, visto que ficam lá aguardando que seus atributos sejam desejáveis por um pretendente. Elas nem mesmo têm a esperança de despertar um vínculo com alguém, uma vez que os postulantes cadastrados não podem visitá-las nem apadrinhá-las.

Portanto, a criação de uma relação afetiva entre as partes deve ser posta como foco no processo de adoção, sendo retirada a possibilidade de se escolher o perfil do adotando. Desconsiderar o afeto como fator determinante na construção da filiação é o mesmo que tratar essas crianças e adolescentes como meros objetivos, afrontando sua dignidade humana.

Com a conscientização do adotante e a eliminação da oportunidade de escolher o adotando por sua aparência física e capacidade mental, além de se respeitar a condição humana da criança e do adolescente, priorizam-se os laços de amor entre pais e filhos que não são baseados em modelos físicos ou mentais, mas, formam-se a partir das relações cotidianas, da afinidade, dos gestos e dos sentimentos. Importante o pretendente compreender que a adoção não é só um ato jurídico, mas, precipuamente, um comprometimento, a satisfação do desejo de acolher um filho, acalentando aquele que anseia por uma família (ORSELLI; ANASTÁCIO, 2010, p. 13).

Logo, mesmo que a adoção realize os anseios recíprocos das partes em constituir um lar, a prioridade deve ser esses seres em desenvolvimento. Assim, o propósito principal do instituto deve ser inserir essas crianças e adolescentes, que se encontram em situação de vulnerabilidade, em um núcleo familiar que lhes ofereça condições para se desenvolver, cercados de afeto, proporcionando-lhes uma vida digna, e não ofertar aos postulantes um filho idealizado.

6 CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho, conclui-se que os direitos da criança e do

adolescente, em particular os dos adotados, evoluíram ao longo do tempo, sendo reconhecidos como sujeitos de direito, cuja dignidade deve ser resguardada. Contudo, verificou-se que há uma deficiência em ampará-los, ocorrendo o desrespeito de princípios presentes no nosso ordenamento jurídico no decorrer do processo de adoção em razão da seleção de características das crianças e adolescentes adotáveis.

Constatou-se que o princípio da proteção integral não está sendo aplicado de forma eficaz no instituto ora estudado, bem como há um desrespeito ao melhor interesse da criança e do adolescente e uma afronta à dignidade desses sujeitos de direito, visto que são submetidos a uma seleção baseada em determinados estereótipos, tratados como mercadorias, sem dignidade, merecedores de amor apenas se apresentarem os atributos desejáveis pelos postulantes a pais.

Ademais, a possibilidade de se escolher o perfil do adotado contribui para a delonga do processo de adoção, apesar de haver mais pretendentes do que crianças aptas para serem adotadas, conseqüentemente, tornando mais extenso o tempo em que esses futuros cidadãos passam dentro das instituições de acolhimento.

Observou-se que esse cenário ocorre em razão dessa idealização não corresponder com a realidade do SNA, visto que, de acordo com os dados apresentados, a maioria das crianças não possuem os atributos mais desejados pelos pretendentes, ou seja, não são brancas, não têm menos de 4 (quatro) anos e possuem irmãos, além de que uma parcela considerável porta algum tipo de doença.

Dessa forma, as crianças e os adolescentes que não possuem o perfil preterido são institucionalizados, se desenvolvendo em um ambiente sem amor e afetividade, privadas de direitos que estão resguardados e elas pelo nosso ordenamento jurídico, dentre os quais a convivência familiar, o afeto e a dignidade humana.

Dessa forma, resta evidente que a adoção continua a priorizar o interesse daqueles que querem adotar, ficando em segundo plano o melhor interesse desses sujeitos em desenvolvimento. Vale destacar que a infância e adolescência é só uma pequena fase, contudo decisiva para determinar que tipo de adulto eles vão se tornar, compondo o futuro da nossa sociedade. Portanto, precisam ser protegidos de forma integral, com a conservação de todas suas garantias.

Ao estarem disponíveis para a adoção, encontram-se em situação de vulnerabilidade, já havendo ocorrido o desrespeito aos seus direitos. Assim, as crianças e adolescentes precisam de uma família para propiciar-lhes condições básicas de

sobrevivência e vivência, priorizando seu melhor interesse, bem como para que sintam segurança e amor. Contudo, a preferência de um perfil pelos pretendentes dificulta a efetuação dessa realidade.

Posto tal cenário, foram desenvolvidos projetos para conectar as crianças e adolescentes cadastradas no SNA com os interessados na adoção. Invisíveis para a sociedade, os programas promovem a visualização desses jovens que não possuem as características mais desejáveis. Assim, os postulantes podem conhecer e secativar por algum desses sujeitos em desenvolvimento, mesmo que não corresponda com o perfil originalmente escolhido por eles.

Diante de tais argumentos, pode-se chegar à conclusão que se deve retirar a possibilidade de escolher as características na adoção, colocando como fator determinante o afeto, visto que para a formação da filiação é necessário haver a afetividade recíproca entre os pais e os filhos. Desprezar esse sentimento afronta o princípio da dignidade dessas crianças e adolescentes, necessitando haver a conscientização dos pretendentes que esses futuros cidadãos não são produtos para serem escolhidas por fatores externos, mas sim seres humanos em desenvolvimento, que merecem ter uma vida digna e seus direitos resguardados, efetuando sua proteção com absoluta prioridade.

REFERÊNCIA

ALEGRE, Gabriela Porto. A longa fila para adoção no Brasil. **Jornal do comércio**, Porto Alegre, 28 maio 2019. Disponível em:

<https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/cadernos/jornal_da_lei/2019/05/685708-a-longa-fila-para-adocao-no-brasil.html>. Acesso em: 20 out. 2019.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB). **Percepção da população brasileira sobre a adoção**. Brasília/DF: AMB, 2008. Disponível

em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/amb/pesquisa_adocao.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Bahia (4. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 0019712-05.2016.8.05.0000**. Agravo de Instrumento. Pedido Liminar de Guarda. Alegação de Existência de Afetividade. Comprovação [...]. Relatora: GardeniaPereira Duarte. Salvador, 04 de abril de 2018. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563417853/agravo-de-instrumento-ai-197120520168050000>>. Acesso em: 1 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jul. 1990.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre a adoção. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 03 ago. 2009.

_____. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a adoção. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 22 fev. 2018.

CARDOSO, Pedro Henrique Ayres. **Os processos de adoção e a lei 13.509 de 2017: aspectos históricos e os princípios do direito de família**. 2018. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Centro Universitário Unitoledo, Araçatuba, 2018. Disponível em:
<<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/37/1/Os%20processos%20de%20ado%20c%3a7%20e%20a%20lei%2013.509%20de%202017%20-%20Pedro%20Henrique%20Ayres%20Cardoso.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2019

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Cadastro Nacional de Adoção Relatório de Dados Estatístico**. 2019. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 11 out. 2019

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Passo a passo da adoção**. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>>. Acesso em: 20 out. 2019

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA (Paraná). Tribunal de Justiça do Paraná. **Tribunal de Justiça do Paraná comemora o Dia Nacional da Adoção com lançamento de aplicativo para incentivar adoções**. 2018. Disponível em:
<https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/tribunal-de-justica-do-parana-comemora-o-dia-nacional-da-adocao-com-lancamento-de-aplicativo-para-incentivar-adocoes/18319?inheritRedirect=false&redirect=https://www.tjpr.jus.br/destaques%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_11KI%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1>. Acesso em: 01 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 15. ed. São

Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6.

LEMOS, Vinícius. Adoção na passarela: o desfile de adolescentes que gerou revoltanas redes. **BBC News Brasil**, Cuiabá, 22 maio. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48374660>>. Acesso em: 01 out. 2019

LIMA, Mariana. Adoção no Brasil: a busca por crianças que não existem. **Observatório do terceiro setor**, São Paulo, 28 jun. 2019. Disponível em: <<https://observatorio3setor.org.br/carrossel/adocao-no-brasil-a-busca-por-criancas-que-nao-existem/>>. Acesso em: 20 out. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v.5.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRANDA, Márcia. **Tribunal de Justiça de São Paulo e F/NAZCA estimulam adoção de maiores de 7 anos**. 2018. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/media/imprensa/tribunal-de-justica-de-sao-paulo-e-f-nazca-estimulam-adocao-de-maiores-de-7-anos>>. Acesso em: 01 out. 2019.

OLIVEIRA, Kerly Cristina de. **Nova lei da adoção - Lei 12.010/2009**: uma revisão de literatura. 2011. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FADI, Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011. Disponível em: <<https://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-b44d326ed8ef32512e829a59447eb556.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018

ORSELLI, Helena de Azevedo; ANASTÁCIO, Andressa. Adoção: a Possibilidade de Escolha das Características do Adotando no Processo de Adoção – Análise a Partir dos Fundamentos Constitucionais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Brasília, ano 11, n. 13, dez./jan. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOUSA, Antonio Aldny de. **Adoção no Brasil e as principais mudanças com a lei 12.010/09**. 2011. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Faculdades Cearenses, Fortaleza, 2011. Disponível em: <<http://ww2.faculdadescearenses.edu.br/biblioteca/TCC/DIR/ADOCADO%20NO%20BRASIL%20E%20AS%20PRINCIPAIS%20MUDANCAS%20COM%20A%20LEI.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE (TJRN). **Adoção**: campanha Eu Existo ajuda crianças e adolescentes a encontrarem uma nova família. 13 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/14182-adocao-campanha>>

eu-existo-ajuda-criancas-e-adolescentes-a-encontrarem-uma-nova-familia>. Acesso em: 01 nov. 2019.

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

VIEIRA, Karen Cristiny Namar. **Avanços do Sistema de Adoção no Brasil**. 2011.36 f. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2011. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/5914>>. Acesso em: 15out. 2018.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Abandono, institucionalização e adoção no Brasil: problemas e soluções. **O Social em Questão**, Rio de Janeiro, PUC-Rio, ano14, n. 9, p. 53-70, jun./dez. 2005.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. Curitiba:Juruá, 2002. 188 p.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil: Características, Expectativas e Sentimentos**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2010. 274 p.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER EM NATAL-RN

Anna Karolina Moura Da Silva¹

Lianne Mendes Amorim²

Sofia Castro Gadelha Simas³

Yasmin Cunha Dos Santos Raposo⁴

RESUMO

Através desse estudo iremos trabalhar um dos dilemas presentes no cenário político e social contemporâneo, que é a condição das mulheres vítimas de violência doméstica em Natal no estado do Rio Grande do Norte, no tocante às suas consequências para as agredidas e na ineficácia das leis quanto a impunidade dos agressores e da aplicação real dos dispositivos apresentados na Lei Maria da Penha. Parte-se da verificação de qual é a situação das mulheres e dos envolvidos na situação. Para tal investigação, buscamos, preferencialmente, ouvir autoridades envolvidas nesse contexto temático, a saber, agentes públicos, das áreas jurídica, social e policial, bem como, uma vítima desta violência.

Palavras-chave: Violência doméstica. Agressão. Lei Maria da Penha. Femicídio.

ABSTRACT

This research has as his object of study the situation of women who had been victims of abuse and domestic violence in the city of Natal - state of Rio Grande do Norte - Brazil based on the current political and social scenario. This research focused on exploring the consequences of this type of violence for the victims as well as the real circumstances about the applicability of the laws who were made to protect women such as Maria da Penha Law. Our first concern was to understand and analyze the life condition of the victims and the people that surround her. For this study, the method of

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). Eleazar.moura@agu.gov.br

² Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). liannemendes@hotmail.com

³ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). orlandogadelha@oi.com.br

⁴ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN).

dialectical approach and the comparative method, typological and historical procedures were used. Furthermore, the techniques of bibliographical and field research were used. For this investigation, we prefer to listen to authorities involved in this thematic context, namely, public, legal, social and police agents, as well as a victim of this violence.

Key-Words: Domestic violence. Violence. Maria da Penha Law. Femicide.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda um grave impasse do atual cenário político e social natalense: a violência doméstica contra mulheres em Natal/RN. Em perspectiva na defesa dos direitos básicos dessas mulheres, as condições a que são submetidas, as consequências para os envolvidos no cenário, com enfoque nas vítimas. É objetivo deste trabalho apontar deficiências, falhas e lacunas nas situações em que se encontram estas mulheres quanto a área psíquica e jurídica e por meio destas, buscar caminhos para que o Estado possa aprimorar suas políticas que garantam os direitos fundamentais dessas mulheres, enfatizando a saúde, a dignidade e a segurança.

1.1 PROBLEMÁTICA

A problemática do referente tema relaciona-se com a saúde física, mental e emocional das mulheres vítimas de violência doméstica. A vítima acaba sofrendo com a precariedade de auxílio, ferramentas efetivas e uma quantidade adequada de profissionais dedicados a manutenção do trâmite do processo e sua situação posterior. Além desses problemas soma-se a falta da efetivação das leis e das políticas públicas que assegurariam o bem-estar da vítima, o que causa uma maior vulnerabilidade da mulher.

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 OBJETIVO GERAL

O objetivo geral do presente projeto de pesquisa consiste em analisar e dar maior reconhecimento público da situação das vítimas de violência doméstica, visto que esse problema não possui atenção tampouco recursos para que haja um melhor atendimento às vítimas. Além da falta de recursos citada anteriormente, ainda há autoridades omissas e uma sociedade ignorante no que tange a essa problemática, acarretando inúmeras consequências negativas para todos os envolvidos no processo.

1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Os objetivos específicos do projeto consistem em verificar as políticas já existentes em teoria e o seu verdadeiro cumprimento na prática, uma vez que há uma irregularidade notória quanto ao cumprimento das leis para com as vítimas de violência doméstica e além de outras categorias da mesma. Além da busca por uma justiça mais incisiva, rápida e efetiva, garantindo assim direitos assegurados por lei as sofredoras dessa violência.

2 METODOLOGIA

Para a realização desse projeto de pesquisa foi utilizado o método de abordagem dialética, a fim da efetivação de diversas entrevistas, objetivando apresentar a perspectiva tanto das vítimas, como a dos profissionais envolvidos no processo de auxílio a vítima após sofrer violência doméstica. Foram realizadas duas entrevistas de caráter social e psicológico, sendo essas uma psicóloga e uma assistente social, três entrevistas no âmbito jurídico, das quais um promotor, um investigador da Delegacia Especializada na Mulher, e uma agente policial do mesmo local de trabalho citado anteriormente. E por fim, uma cidadã vítima de violência doméstica. Métodos de procedimento comparativo, para a analogia com os demais casos. O tipológico, com a formação de um modelo mais propício ao cenário a ser seguido, e o histórico, com o intuito de explicar a influência dos acontecimentos passados para a formação do sistema vigente. Ademais, utilizaremos as técnicas de pesquisa bibliográficas e de campo, onde iremos poder entrar em contato com a realidade vivida pelos envolvidos em diferentes âmbitos relacionados à violência doméstica, nos possibilitando perceber e analisar as dificuldades e irregularidades presentes no seu cotidiano.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO

Dessa forma, para melhor delimitação e compreensão do estudo que está sendo desenvolvido, faz-se necessário analisar a progressão da situação atual da violência doméstica contra a mulher na cidade de Natal/RN. Precedentemente a criação da Lei nº 11.340 de 2006, nomeada Lei Maria da Penha:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (...), da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar

Condecorando sua idealizadora - vítima de tal violência - havia um cenário de impunidade relacionado aos agressores de mulheres no âmbito familiar pois, além de ainda estarmos imersos em um sistema extremamente patriarcalista, a situação das mulheres vítimas de violência em decorrência desse costume ainda contemporâneo não era apropriadamente reconhecida pelo Estado Brasileiro. Embora conste na Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu § 8º do art. 226, a proteção e a assistência à qualquer indivíduo pertencente ao núcleo familiar em que ocorram episódios que configurem violência, este artigo até 2006 não fora interpretado direcionando-se a situação das mulheres. Conjectura esta que se concentrava em ideologias de dominação masculina no seio familiar.

Infelizmente, mesmo com a criação da Lei as agressões não cessaram em sua grande maioria. Muitas mulheres ainda sofrem violência - principalmente dentro da própria casa - e por este mesmo motivo, a Lei conta com constantes campanhas de denúncias e apoio profissional. Maria Gabriela Manssur, promotora do Núcleo de Combate à Violência contra a Mulher do Ministério Público do Estado de São Paulo, em 2016, em uma entrevista cedida ao jornalista Heródoto Barbeiro, publicada no Jornal da Record News, no ano de 2017, afirmou que “as portas da Justiça estão abertas para essas mulheres, elas estão buscando ajuda e a punição do autor dos fatos, do agressor”, adicionando também que em números estatísticos, a violência

doméstica ainda continua muito grande, mas deu voz às mulheres e a voz está sendo ouvida.

Em Natal/RN, a situação nunca se diferiu do resto do país. Segundo matéria publicada no jornal Tribuna do Norte, na data de 23 de agosto do presente ano, a cada três horas, uma nova denúncia de agressão contra mulher é registrada.

Este ano, apenas na Grande Natal, a média de denúncias já atingiu a marca de 8,8 por dia, ou seja, uma a cada três horas, de acordo com dados dos Boletins de Ocorrência registrados nas três delegacias especializadas em atendimento à mulher da região. (...) Há no estado 11.703 processos sobre violência doméstica e familiar contra a mulher tramitando na justiça, de acordo com o Tribunal de Justiça do RN. O número ainda não representa, para especialistas a realidade da violência de gênero no estado que, ainda é considerada subnotificada (CECI, 2018)

Érica Canuto, promotora do Núcleo de Apoio à Violência Doméstica e Familiar (NAMVID), baseando-se em dados estatísticos, afirmou em entrevista ao Portal Tribuna do Norte, no mês de julho de 2018, que: "É muito perigoso ser mulher no Rio Grande do Norte." Na Grande Natal e em todo o estado do Rio Grande do Norte, o número de medidas protetivas caiu consideravelmente no ano de 2017, porém para Érica, a fiscalização ainda é um ponto deficiente. Segundo a promotora, existem algumas ferramentas que auxiliam as mulheres vítimas da violência doméstica em Natal e em todo o estado do RN. Dentre esses projetos, estão inclusos para as mulheres o "Patrulha Maria da Penha" e o "Guardiã Maria da Penha". O primeiro refere-se a um acompanhamento presencial em que deverão ser patrulhadas, uma vez por semana, a residência ou local de trabalho das mulheres vítimas de violência doméstica que têm medidas protetivas expedidas pela justiça. O segundo trata-se de um projeto que acontece todas às quartas-feiras a tarde, em que são recebidas as mulheres que estão em medida protetiva, são explicados o que é medida protetiva, a equipe do Núcleo de Apoio à Mulher Vítima da Violência Doméstica e Familiar (NAMVID) é apresentada e tratam também sobre os serviços da rede de atendimento: o que é a Casa Abrigo, o que é o Centro de Referência, se ela tem direito a assistência jurídica e a encaminhamento, dela e do filho, para psicólogo, se têm direito a mudarem os filhos de escola se mudarem de endereço (VITAL, 2018). Há também, um trabalho relacionado aos homens que praticam a violência, como exposto pela promotora:

“Temos um grupo reflexivo de homens do Ministério Público, o que eu considero, talvez, uma das maiores saídas para essas questões de violência doméstica. Conversamos com eles sobre desigualdade, sobre gênero, sobre privilégios, sobre divisão das tarefas domésticas, sobre cuidado com os filhos. É preciso conversar sobre o que é a Lei Maria da Penha, para que o homem também compreenda.”

É de fundamental importância que hajam também esses projetos voltados para a conscientização do agressor, visto que há uma grande parcela de responsabilidade masculina quanto a mudança desse cenário social trágico, que embora seja ultrapassado em relação ao progresso social ocorrido, continua sendo incrivelmente corriqueiro na vida da mulher brasileira.

3.2. ENTREVISTAS

Com objetivo de aprofundarmos e entendermos melhor o processo de auxílio às vítimas, fomos ao campus da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) entrevistar a dois membros do Centro de Referência dos Direitos Humanos (CRDH/UFRN). Sendo estes membros, Luana Cabral, psicóloga formada pela UFRN em 2010, mestre e doutora pela mesma instituição e Hellen Tattyanne de Almeida, assistente social há 7 anos. O grupo do qual elas participam tem como propósito auxiliar qualquer pessoa que tenha seus direitos humanos lesados, incluindo o enorme grupo de mulheres que sofre violência. Luana trabalhou recentemente na coordenadoria estadual da mulher na situação de violência doméstica-familiar, que é vinculada ao tribunal de justiça. Ao iniciar a entrevista, Luana Cabral foi indagada a respeito do que é violência doméstica contra a mulher, respondendo da seguinte maneira:

(...) a violência contra a mulher ficou mais bem delineada depois da aprovação da lei maria da penha - física, psicológica, sexual, moral e patrimonial que são todas caracterizadas como violência de gênero contra a mulher e a partir dessa legislação ficou mais claro, mais delimitado, que qualquer situação em que a mulher esteja sendo vítima desses tipos de violência por parte de um companheiro, ex-companheiro, namorado, ex- namorado, um pai, um irmão, no contexto da família ou no contexto das relações pode ser caracterizada como violência

adicionando ainda que as ações de violências direcionadas às mulheres, que antes eram tipificadas como violência comum e não estavam relacionadas ao gênero, ou

seja, qualquer um independente do gênero poderia sofrer, agora estão sendo reconhecidas especificamente como violência de gênero, violência contra a mulher.

Abordado em diversos estudos científicos, os chamados "ciclos de violência" ocorrem de forma cíclica e em quatro etapas: tensão, quando ocorrem crises de ciúmes, ordens, isolamentos e ameaças; explosão, com brigas, medo, controle e agressões; reconciliação, havendo chantagem emocional, justificativas, desculpas e remorso; e a fase da "lua de mel", com negação, promessas e "amor". A assistente social acredita na existência de diversos fatores implicantes quanto a continuidade da vítima da relação:

(...) existem um conjunto de fatores que fazem ela se manter nessa relação, inclusive a própria fragilidade da rede, né? do sistema, de assegurar essa proteção a vítima que ainda é muito frágil e ela não se sente segura ou não tem um suporte necessário para romper esse vínculo, que não é fácil

e aponta também as falhas do sistema,

(...) de um modo geral, as instituições não estão preparadas. Porque no estado todo só temos 5 delegacias especializadas, (...) as delegacias não funcionam no final de semana e nem durante a noite, que são quando mais ocorrem casos, e as delegacias estão fechadas. Enfim... a rede de proteção é muito fragilizada, e muitos profissionais não são capacitados e informados para esse tipo de acolhimento. O próprio processo é muito lento depois da denúncia, que ainda deixa a mulher muito exposta e em risco, até porque a medida protetiva é só um papel né? aí ela toma coragem de fazer a denúncia, mas a rede não cumpre com seu papel, a sua função (...)

abordadas anteriormente no referencial teórico dessa mesma pesquisa.

A respeito da função exercida por ambas no processo de auxílio a vítima foi explicado que o papel delas é articular essa rede, que existe, mas de certa forma é frágil. Os profissionais desta área coordenam essas políticas públicas que já existem, fazendo com que o Estado, o real responsável pela criação de projetos de auxílio e da garantia de segurança as vítimas, dê o suporte necessário. Evidenciaram da mesma forma que não existiam formas de fazer estudo psicossocial daquela situação, e as medidas protetivas eram bem mais lentas. Atualmente, essas medidas estão saindo de fato em até 48 horas, apesar de não serem muito respeitadas pelos agressores por tratar-se somente de um papel. Eles perfazem por não se intimidar e as mulheres acabam desprotegidas, principalmente por estarem longe de seus vínculos afetivos com familiares e amigos.

Percebendo a real gravidade da situação, enraizada na nossa sociedade patriarcal e culturalmente machista, Luana Cabral e Hellen Tattyanne afirmam que uma mudança urgente é indispensável.

Para que esses índices comecem a diminuir e que possamos ter uma mudança cultural, a gente precisa fazer com esse assunto deixe de ser um tabu na sociedade, que todos possam 'meter a colher' e possam se implicar nesse processo de mudança. A violência é algo estrutural que ajuda a reproduzir esse modelo de sociedade que a gente tem, a nossa atuação tem que ser articulada ao combate e prevenção dessa violação de direitos. Somos poucos tentando desconstruir esse processo, mas todos somos responsáveis, e que ao compactuar ou se omitir a situação de violência a gente também vai estar violando os direitos

Para que pudéssemos entender melhor como funciona o processo de denúncia, a rotina e o perfil das mulheres fomos até a Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher (DEAM), localizada na Ribeira, em Natal/RN. Josevam da Silva, 52 anos, que é policial civil atuante na profissão há 9 anos e investigador na delegacia há 2 anos e meio. Relatou a respeito de sua experiência na delegacia e sua concepção acerca da violência doméstica:

(...) Atos que ocorrem dentro da residência, quando determinada pessoa passa por um momento difícil com seu companheiro, com seus familiares e sofre violência nesses momentos difíceis; pode ocorrer entre irmãos, primos, tios, contanto que morem na mesma casa, se não existir convivência diária, é apenas agressão e deve ser resolvida nas delegacias de bairro

Em relação ao processo após a denúncia, o policial explicou-nos que a primeira coisa a ser feita é o registro de Boletim de Ocorrência (B.O), nesse momento são relatado os fatos ocorridos, e caso o processo se adeque à Lei Maria da Penha e, se ocorreu nas áreas leste, oeste e sul, a ação passa para a Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher (DEAM) localizada na Ribeira; em casos de outras zonas, serão direcionadas à outras delegacias especializadas, como a da Zona Norte, Parnamirim, Caicó e Mossoró. Em ocorrências nas cidades que não possuem uma delegacia especializada em atendimento à mulher, como por exemplo, São Gonçalo e Macaíba, o caso será tratado na própria delegacia da cidade.

Quanto à existência de um perfil de mulheres que buscam por ajuda profissional, Josevam da Silva defende que não existe um perfil de mulheres.

Muda de vítima para vítima, sempre tem alguma coisa diferente na vida, sempre ocorre o crime - que é o mesmo - mas toda vítima tem um perfil, nós temos personalidade, pode ter uma personalidade mais forte... Tem vítima que chega calma, muitas vezes aconteceu violência doméstica, mas chega calma, já tem outras que chegam alteradas

O investigador relatou, ainda, que muitas mulheres continuam submetidas a esse relacionamento por questões financeiras, considerando que em sua grande maioria as vítimas de violência doméstica não possuem autonomia financeira para desprenderem-se do agressor:

Muitas vezes - na maioria - é pelo lado financeiro, a dependência financeira, têm pessoas que nunca trabalhou na vida, se acomodou no ambiente doméstico e não quer... Muitas vezes sofre agressão física, agressões verbais, mas continua com seu companheiro

Para ele, é extremamente difícil que essas mulheres saiam de casa sem dinheiro, sem um ponto de apoio financeiro e segurança, elas não conseguem deixar o ambiente familiar e ir para outro canto ou até mesmo abrigos. Há episódios nos quais os abrigos não possuem vagas, e a mulher precisa se abrigar na casa ou de familiares ou de amigos.

Todo o processo de investigação é delicado, muitas vezes o agressor nega que realmente houve violência e tenta culpar a mulher. Segundo o policial, no calor do momento, muitas vítimas exageram e podem de certa forma, inventar fatos que não ocorreram: “Naquele momento, ela imagina muitas coisas que poderiam acontecer, que não aconteceu pra prejudicar mais ainda o investigado.”

Segundo ele, a narração é majoritariamente verídica, mas uma parte pode ser aumentada. Existem casos, também, como os de denúncia anônima, em que as mulheres comumente negam o ato da violência, principalmente por medo:

Muitas vezes chegamos lá, falamos com a vítima a sós, procurando saber e ela diz ‘não, não tá ocorrendo isso’, e aí simplesmente a gente faz o que? Intima ela, vem fazer essa declaração e assinar” (...), a gente se dirigiu lá, tentou, mas se não há vítima, não há procedimento, tem que ter vítima

Quando questionado sobre as testemunhas, Josevam da Silva falou que as vítimas, na maioria das vezes, chegam a delegacia sem nome de testemunhas, então a equipe vai atrás, procura pessoas que tenham visualizado ou tenham ouvido falar que ocorreu um ato de violência contra ela. Se a mulher chegar sem marcas de agressão

física, a equipe da delegacia a direciona para realizar um exame de corpo de delito, se as lesões forem comprovadas, o caso prosseguirá em seus trâmites legais; mesmo que a vítima chegue com marcas de agressão, precisará realizar o exame: “A confirmação é o exame de corpo de delito, confirmando que ela foi agredida; mas se ela não tem exame, tem só o relato dela e não tem testemunha, ela vem aqui e assina um termo de desistência”.

Ainda na DEAM, conversamos com Rosy Mary da Silva Santos, 44 anos e policial civil com 15 anos de profissão; que referiu-se à violência contra mulher como qualquer ato que venha a ferir a dignidade da mulher, como pessoa ou sua integridade física. De acordo com ela, o processo de denúncia se inicia quando a mulher se dirige até a Delegacia da Mulher e registra o Boletim de Ocorrência. Se for da competência da delegacia, é marcada uma data para iniciar o inquérito e no dia agendado a mulher vai novamente e leva uma testemunha junto a ela. Se for necessário, dependendo da natureza da ocorrência, como ameaças ou violência física frequente, a equipe da delegacia oferece a essa mulher o pedido de medidas protetivas.

No dia que ela é ouvida, a escrivã já pede essa medida protetiva, já faz esse pedido. Com poucos dias, assim...não tão preciso, mas talvez de 8 à 10 ou 15 dias se o juiz despedir essa medida, o oficial de justiça procura a mulher, entrega pra ela e procura o autor do fato e comunica dessa medida, cientificando que ele não pode mais se aproximar e ter nenhum outro delito contra ela (Rosy Mary da Silva Santos)

Então, o processo segue e o agressor é chamado individualmente para dar suas declarações, a delegada conclui o inquérito, relata e passa para o juizado de violência doméstica, em que o agressor será processado e a lei exerce sua aplicabilidade. Se houver ameaças graves, a mulher poderá ser abrigada em uma casa abrigo, que é monitorada por uma secretaria municipal e trabalha em conjunto com programas sociais da prefeitura; e nas situações em que a mulher tenha filhos até 14 anos de idade, eles podem ir para o abrigo junto a ela. Quanto aos pertences íntimos da mulher dispostos em sua residência, como roupas íntimas, calçados e vestimentas em geral, a equipe da delegacia é responsável por leva-la até o local.

Segundo a policial, é incomum, mas se a mulher for a pessoa que lesiona a outra parte ou reagir à agressão, por exemplo, também agredindo o homem de certa forma,

ela ainda assim pode realizar a denúncia; o juizado irá decidir se o ato é configurado ou não como legítima defesa ou se foi o homem que sofreu a violência.

Tem mulher com intuito de fazer com que o homem bata nela pra ela vir aqui (...), nem sempre a mulher, naquela parte daquele momento ali, é a vítima, não; às vezes elas provocam, têm pessoas que tem vários tipos de intenções, de finalidades com a Lei aqui. Têm pessoas que usam de má fé, tem gente que realmente fica provocando

Para a entrevistada, a Lei Maria da Penha vitimiza algumas mulheres, entretanto, tem muitas delas que realmente precisam ser ajudadas, no entanto, sempre existirão pessoas que a utilizarão para outros fins:

Às vezes, ela tá descontente que ela tá sendo traída, que o homem diz que não quer mais ela, aí tem casos aqui que elas chegam revoltadas, então às vezes elas fazem peripécias até pegar o homem numa situação...num barzinho, com a intenção de provocar

A agente de polícia ainda fala que, em casos de emergência, quando a vítima chega à delegacia muito debilitada ou até mesmo em caso de flagrante, quando a polícia é acionada, o agressor é preso:

Tá ocorrendo na casa, na rua, seja onde for, terminou de ser agredida, a orientação é ligar pra PM, porque a polícia traz a ocorrência para a delegacia (...) teve o problema em casa, tá acontecendo o fato, a agressão, tem que ligar pro 190, aí a PM chega lá, traz todo mundo pra delegacia

Existem ciclos de violência, e geralmente a mulher nota e possui ciência desses períodos de agressão; para Rosy Mary, o problema é que muitas vítimas não conseguem desprender-se dessa relação,

Existe a mulher que vem, mas não vem já decidida com aquele propósito de separar, de que a relação vai acabar e precisa cessar; não, ela vem ali só pra ver se muda, tentar fazer com que ele volte a ser bonzinho, com que ele pare de trair, com que ele deixe de bater (...) elas vem e depois fazem as pazes né, aí vem cancelar, aí passa um tempo - meses, anos - tem umas assim que a gente já conhece, que já veio 3, 4 vezes e ficam assim tentando, se acostumam com aquele relacionamento

A policial, porém, defende que terceiros devem se envolver e ajudar as denúncias:

Muitas pessoas não se envolvem porque já têm aquela descrença de ‘ah eu não vou meter, pra eles tarem juntos né...’ Às vezes a própria PM reclama de certas ocorrências e fala ‘olhe, não sei que, vê se vocês conversam’, acha que ali é só...sabe...fogo de palha e que vai parar

Nos casos em que a mulher nega a violência, mas está claramente ferida, a Polícia Militar a leva para a delegacia mesmo assim, porém são poucos os casos em que a mulher omite.

Na terça-feira, dia 30 de outubro, fomos ao Fórum Miguel Seabra Fagundes, onde tivemos o prazer de entrevistar o ilustríssimo Promotor Augusto Flávio de Araújo, que nos ajudou de forma grandiosa com seu conhecimento tanto pessoal como processual/judicial sobre o assunto.

Por violência doméstica contra mulher, o promotor entende como qualquer tipo de agressão dentro de um ambiente doméstico contra a mulher. Enfatiza que tem que haver uma relação de coabitação. Por exemplo, se existe um casal e eles brigam em um supermercado, isso não se enquadra na definição citada anteriormente. Entende a Lei Maria da Penha como um avanço. Dada a quantidade de violência contra a mulher, afirma que havia a necessidade de uma proteção a mais diante de um cenário machista muito forte até hoje, e defende essa tese com base no princípio da equidade, “tratar os desiguais de forma desigual para poder trata-los igual”, tão importante para o Direito.

Ainda segundo o promotor, muitas mulheres que estão em relacionamentos abusivos, sofrendo constantemente violências psicológicas e/ou físicas, não conseguem sair dessas relações por fatores muito diversos. Algumas alimentam a ideia de que seu companheiro irá mudar – muitas vezes fazem a denúncia e tiram no dia posterior -, algumas necessitam dele para seu sustento financeiro – algumas são mães e se sentem na obrigação de proporcionar o melhor para os filhos, mesmo que isso signifique sofrer diariamente – e a maior das razões, o medo.

A formiga sabe a folha que rói. Isso quer dizer que cada vítima sabe exatamente o potencial de quem está do lado dela dormindo, do lado dela bebendo, do lado dela comendo, do lado dela vivendo. Então às vezes o homem faz uma ameaça tão forte que ela diz se eu abrir a boca eu morro. Começa numa agressão e termina em um caixão, porque uma vez calada na primeira pode esperar que vida calada até a última e termina em uma tragédia (Augusto Flávio de Araújo)

Quanto à parte judicial, explica que quando o Ministério Público tem essa notícia, o promotor irá investigar até que ponto aquela denúncia tem elementos mínimos para ser sustentada. Sendo sustentada, inicia-se o processo. Em casos de emergência, afirma Augusto, há a atuação de medidas protetivas, como por exemplo, distância mínima, casa abrigo, ou em casos de flagrante, a própria prisão do agressor.

Além disso, Augusto de Araújo nos ofereceu informações que não estão inseridas no senso comum, como a de que mulheres – apesar de constituírem uma forte minoria – em momentos desagradáveis do relacionamento, seja um término ou a descoberta de uma traição, por exemplo, se dirigem a delegacia com discursos falsos, apenas com o intuito de prejudicar seu companheiro ou ex-companheiro, chegando inclusive a se auto agredir em algumas situações.

De acordo com o promotor, boa parte dos casos de violência estão relacionados ao álcool ou a drogas mais pesadas, como cocaína e crack. O agressor age fora de si ou desconta na figura da mulher suas frustrações, medos e angústias. Afirma que essa relação não surgiu recentemente, pelo contrário; é fruto de um passado que se perpetuou até os dias atuais, regado por um ideal machista e que vê na mulher uma figura inferior, em questões psicológicas e físicas.

Quanto a atuação e aplicabilidade da Lei Maria da Penha, explica que se a mulher agredir também, mas com o intuito de se defender ela está totalmente protegida e amparada pela Lei Maria da Penha, a ação fica entendida como legítima defesa. Já nos casos em que a mulher é a agressora e o homem a vítima, essa situação não está incluída nos casos de Lei Maria da Penha, visto que o objetivo dessa lei é dar maior proteção a mulher, e não ao homem. Enfatiza que essa criação não se trata de privilégios e sim de uma necessidade diante no cenário atual, que afirma ser um resultado histórico.

Embora a parte jurídica e de auxílio a vítima sejam de extrema importância para que haja um entendimento maior acerca da temática abordada nesta pesquisa, a visão das vítimas de agressão doméstica são o ponto chave para o aprofundamento no que tange ao tema escolhido. Por essa razão, buscamos o contato para uma entrevista com uma mulher, agredida não só fisicamente, mas como psicologicamente e moralmente também. Cida,⁵ 44 (quarenta e quatro) anos de idade, empregada doméstica há 21

⁵ Gostaríamos de esclarecer que, por uma questão de privacidade da entrevistada, manteremos o seu nome completo em sigilo.

anos, disponibilizou-se a nos auxiliar na investigação da temática em relação a visão da vítima. Conforme afirmado nas entrevistas anteriores dadas por profissionais de diferentes áreas que se relacionam diariamente a esta realidade, a vítima por diversas vezes não percebe a real magnitude da situação que está revelando-se ao seu redor quanto ao agressor, Cida nos provou que tal tese se concretiza:

O nosso relacionamento antes da agressão era mil maravilhas, a gente era combinado um com o outro, tudo que ele ia fazer era comigo... aí né, ele nunca tinha feito nada comigo, nunca me agrediu, foi a primeira vez. Ele mostrava ser uma pessoa compreensiva, companheira, amiga, e quando foi nesse período ele se tornou agressivo

Infelizmente, esta é a realidade para muitas mulheres natalenses, que estão inseridas neste cotidiano violento.

Quanto ao atendimento na delegacia, Cida nos revelou uma ausência de preparo da equipe responsável pelo acolhimento e procedimentos iniciais. Onde se faz essencial que hajam pessoas empáticas, um acolhimento mais digno e compreensível, na realidade existe indivíduos insuficientemente capacitados para lidar com a sensibilidade apresentada na situação,

Assim pra mulher, quando ela é agredida, é muito chato...ela vai fazer o boletim de ocorrência, vai pra delegacia e quando chega lá é outra história... totalmente diferente!!! Porque a gente vai falar o que queremos dizer de verdade, e a gente fica constrangida porque tem muito homem e pouca mulher trabalhando na delegacia. Tem policiais que eles te tratam muito bem, mas tem uns... tratam você com deboche, ficam 'mangando' de você, falando 'ah, vai viver sua vida! ele vai viver a vida dele com fulana.' e tem mulher que não tem coragem de denunciar por conta disso, por causa da humilhação que passa quando chega na delegacia pra fazer o boletim de ocorrência. Não tem aquele acolhimento que é pra ter, por isso muitas ficam aguentando a humilhação e a agressão dentro de casa

Por livre arbítrio Cida, surpreendentemente, nos descreveu a cena de sua agressão. Lamentavelmente, o episódio é inacreditável, alarmante e doloroso de se escutar. É angustiante enxergar que essa situação, presente não somente na vida de Cida mas de tantas outras mulheres.

Primeiramente ele me deu um tapa no rosto, e depois eu tentei falar com ele pra saber porque ele tinha me batido. Ai ele não quis conversa, e rasgou minha blusa, me deu um empurrão e me deu um 'bufete' que eu caí na cerca, que me cortou e depois eu caí no chão. Ai ele disse que eu podia gritar que ninguém ia me socorrer, que ali ele me ia matar e ele me dando chute e 'bofetadas'. Aí

tinham pessoas que podiam me socorrer mas não foram, com medo dele. Eu fui machucada, desmoralizada, humilhada... e ficam os hematomas né?! Você jamais quer se encostar em outra pessoa com medo dela fazer a mesma coisa, é chato. (...) No dia que aconteceu, quem me deu todo o apoio foram os policiais militar, principalmente o sargento. A gente foi lá na delegacia e me perguntaram se eu realmente queria denunciar porque se a gente for lá e pegar ele, ele vai diretamente pra cadeia e não tem volta, não pode tirar a ocorrência. Eu falei que é isso mesmo que eu quero. Ai no dia seguinte, fui no hospital fazer o exame de corpo delito. Infelizmente, já vai fazer 2 anos e nunca teve a audiência da gente. O caso foi arquivado e ele está livre. Mas fica uma marca pro resto da vida

O desfecho da história de Cida, lastimavelmente, é bastante comum para muitas mulheres vítimas de violência doméstica. O descaso dos órgãos competentes é explícito pelo enorme número de casos arquivados e não julgados em Natal. Como mostrado no Portal de Notícias Agora RN em 06 de março de 2018, a comarca com maior número de processos desta natureza é Natal, com 3.099 processos, seguida por Parnamirim, com 2.373. Demonstrando a grande incidência dessa dura realidade na Grande Natal.

4 CONCLUSÃO

A pesquisa de campo acerca da violência doméstica contra mulheres na cidade de Natal/RN nos enriqueceu pessoalmente de diversas formas, nos permitindo entender melhor as circunstâncias jurídicas e psicológicas pelas quais as vítimas da violência doméstica passam, e a realidade desse problema no âmbito municipal. Através das entrevistas, e nessa situação havendo contato direto, pudemos analisar a questão de diversos ângulos, que incluem o depoimento da vítima, uma análise feita pelos envolvidos juridicamente como um promotor de justiça, policiais e funcionários que atuam diariamente na Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM), e também pela área que realiza a assistência psicológica para as vítimas, onde incluem-se psicóloga e assistente social.

Inferimos por meio de nossa pesquisa a necessidade de se combater mais assiduamente a violência doméstica contra a mulher na cidade de Natal/RN, bem como fortalecer e proporcionar melhores condições de trabalho as instituições que realizam e auxiliam durante o processo de denúncia, trâmite legal, proteção e ajuda as mulheres vítimas dessa violência. Há também um déficit quanto a velocidade em que os processos tramitam na justiça, sendo perceptível quando realizamos as entrevistas

na DEAM. Entre tantas outras complicações que existem na realidade de mulheres vítimas de violência doméstica, é notável após a realização dessa pesquisa a enorme corrente de pessoas que se formou para auxiliar essas mulheres e a enorme vontade desses funcionários de melhorar a realidade desse problema no município, infelizmente existem ainda muitos impasses para que haja uma mudança positiva em relação a esse cenário.

Ademais, o trabalho de campo foi uma oportunidade fantástica de nos incentivar a analisar mais atentamente problemáticas sociais presentes na nossa realidade corriqueira, da mesma maneira que nos encorajou a ajudar, de alguma forma, na mudança do cenário inaceitável de violência doméstica contra a mulher em Natal/RN.

REFERÊNCIAS

TRIBUNA DO NORTE (Rio Grande do Norte). Jornal Tribuna do Norte (Ed.). **No RN, 8% dos casos de violência contra a mulher são investigados**. 2018. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/no-rn-8-dos-casos-de-violencia-contra-a-mulher-sa-o-investigados/420555>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CECI, Mariana. **A cada três horas, uma nova denúncia de agressão contra mulher é registrada na Grande Natal**. Natal/RN: Tribuna do Norte, 2018. Tribuna do Norte p. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/a-cada-tras-horas-uma-nova-denaoncia-de-agressa-o-contra-mulher-a-registrada-na-grande-natal/422037>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

No RN, 8% dos casos de violência contra mulher são investigados. Natal: Tribuna do Norte, 2018. Tribuna do Norte p. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/no-rn-8-dos-casos-de-violencia-contra-a-mulher-sa-o-investigados/420555>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Lei Maria da Penha - Lei 11340/06 | Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília: [s.n.], 2006. Jusbrasil. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/95552/lei-maria-da-penha-lei-11340-06#art-1>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

Art. 226, § 8 da Constituição Federal de 88. Constituição Federal de 1988. ed. [S.l.: s.n.], 1988. Jusbrasil p. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10644799/paragrafo-8-artigo-226-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

VITAL, Beatriz. **Em Natal, projeto assiste mulheres vítimas de violência doméstica: Projeto 'Guardiã Maria da Penha', do Ministério Público do RN, faz reuniões semanais em que informa sobre direitos e avalia necessidade de aumento das medidas protetivas**. Natal/RN: G1, 2017. 1 p. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/em-natal-projeto-assiste-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica.ghtml>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

**A ATIVIDADE TURÍSTICA EM NATAL/RN: AS PERCEPÇÕES DOS
TURISTAS, DOS PROFISSIONAIS DA ÁREA E DOS MORADORES ACERCA DA
ATUAÇÃO ESTATAL NA INFRAESTRUTURA GERAL DA CIDADE E DOS
PONTOS VOLTADOS AO TURISMO.**

Beatriz Cunha¹

Cinthya Ferreira²

Izabel Nunes³

Nathália Cristina⁴

Rebeca Soares⁵

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa busca apresentar as diferentes impressões que os moradores, profissionais da área do turismo e turistas possuem da cidade de Natal, especificamente acerca do setor turístico, abordando juntamente o papel do Estado no estímulo a esse ramo que, mesmo sendo considerado recente pois ganhou visibilidade de fato na década de 1980, tornou-se uma das principais atividades econômicas do Estado do Rio Grande do Norte. Destarte, além da pesquisa acadêmica, o trabalho contou com o auxílio da entrevista semiestruturada de caráter não diretivo, onde todas as pessoas que foram entrevistadas exerceram a total liberdade de expor seus pensamentos acerca do tema. Por conseguinte, é necessário ressaltar que o turismo acaba proporcionando não apenas empregos nesse período de crise tão árduo, como também interação humana e a propagação de cultura. Para auxiliar-nos nesse processo, utilizamos o método indutivo, como método de abordagem, que, por meio de uma análise sobre a relação do bem-estar dos turistas e moradores com o Estado, guiará o curso desse trabalho; e, como os métodos de procedimento passam a criar um verdadeiro contorno para o assunto estudado, empregaremos os métodos: histórico, comparativo, monográfico, estruturalista e tipológico. Ademais, sendo os tipos de

¹ Discente do curso de direito do Centro Universitário do RN (Uni-RN). beatrizmenezesdw@outlook.com

² Discente do curso de direito do Centro Universitário do RN (Uni-RN). cinthya-f@hotmail.com

³ Discente do curso de direito do Centro Universitário do RN (Uni-RN). czabellima501@gmail.com

⁴ Discente do curso de direito do Centro Universitário do RN (Uni-RN). natcris.98@hotmail.com

⁵ Discente do curso de direito do Centro Universitário do RN (Uni-RN). rebecasoares20148@gmail.com

pesquisa ótimos meios de embasamento teórico, é válido citar que o trabalho se baseia em pesquisas bibliográficas, sites, documentos, entrevistas e etc.

Palavras-chave: Turismo. Papel do estado. Atividades econômicas. Rio Grande do Norte. Entrevistas.

ABSTRACT

This research paper seeks to present the different impressions that the residents, tourism professionals and tourists possess of the city of Natal, specifically about the tourism sector, addressing together the role of the state in stimulating this branch that, even though it is considered recent because it gained visibility in fact in the decade of 1980, became one of the main economic activities of the state of Rio Grande do Norte. Thus, in addition to academic research, the work relied on the aid of a semi-structured interview of non-directive character, where all the people who were interviewed exercised the total freedom to expose their thoughts about the theme. It is therefore necessary to emphasize that tourism ends up providing not only jobs in this period of crisis so arduous, but also human interaction and the propagation of culture. To help us in this process, we used the inductive method, as an approach method, which, through an analysis of the relationship between the welfare of tourists and residents with the state, will guide the course of this work; And, as the methods of procedure begin to create a real outline for the subject studied, we will employ the methods: historical, comparative, monographic, structuralist and typological. Moreover, being the types of research great means of theoretical basis, it is worth mentioning that the work is based on bibliographical researches, websites, documents, interviews etc.

Keywords: Tourism. State role. Economic activities. Rio Grande do Norte. Interviews.

1 INTRODUÇÃO

O turismo, contando principalmente com os espaços urbanos, passa a favorecer uma maior utilização de elementos essenciais tanto para a atividade turística quanto para os moradores natalenses, tendo como exemplos desses elementos a infraestrutura

de acesso, de hospedagem, de apoio à atividade turística, juntamente a serviços de lazer, segurança, entre outros. Entretanto, como Rosa Maria Rodrigues Lopes (2014) e Larissa da Silva Ferreira Alves (2014) expressam, é possível destacar fragilidades relacionadas à ausência de centros de atendimento ao turista, ausência de equipamento para realização de eventos públicos e privados e, por fim, ausência de sinalização turística.

É importante destacar que nos últimos anos foram feitas diversas reclamações referentes à praia de Ponta Negra, o cartão postal do Município de Natal, alegando a visível falta de manutenção pois a praia sofre com problemas causados pela erosão marítima e também com a poluição, que está presente tanto nas praias quanto nos espaços urbanos.

Ademais, o Rio Grande do Norte, estado do nordeste brasileiro dividido em 167 municípios, com mais de 3 milhões de habitantes, possuindo Natal como sua capital, tem o turismo como uma de suas principais atividades econômicas, devido ao encanto natural de suas praias, montanhas e sertão, recebendo mais de 2 milhões de visitantes somente em 2014.

Por conseguinte, a intenção desse trabalho de pesquisa é, além de ressaltar os feitos estaduais relativos a estrutura da cidade de Natal, compreender as impressões dos turistas, dos moradores natalenses e dos profissionais do turismo para que, juntamente com a ação do Estado, seja possível a realização de melhorias nessa atividade que tanto ajuda economicamente não só o Município de Natal como todo Rio Grande do Norte, favorecendo a redução do desemprego e concedendo novas oportunidades à diversas pessoas.

Portanto, a cobrança de cuidados com a infraestrutura da cidade não se destaca apenas pelo conforto ao turista pois também visa favorecer uma maior interação entre as pessoas, assim como uma maior conscientização sobre problemas ambientais, de acordo com os próprios dados dos Programas Regionais de Desenvolvimento do Turismo (PRODETUR), presentes no site do Ministério do Turismo, nos apresentam:

No turismo, enquanto política setorial, diferentemente de alguns outros setores da economia, é o consumidor que vai até o produto, e esse produto (o destino turístico) não é um objeto inanimado de consumo, mas um conjunto de aspectos ambientais e socioculturais, que no Rio Grande do Norte, por suas peculiaridades (beleza natural, valor histórico, cultural, paisagístico, fragilidade, etc.), despertam o interesse do mercado turístico. Entretanto, os fluxos crescentes de turistas e as intervenções decorrentes das políticas, planos, programas e projetos voltados para o desenvolvimento da atividade podem causar impactos de grande importância e magnitude para as comunidades

locais e os ecossistemas existentes, especialmente quando os principais atrativos estão associados a ativos ambientais de grande fragilidade (Polos Costa das Dunas⁶ e Costa Branca⁷) (2011).

2 JUSTIFICATIVA

O trabalho de pesquisa pretende apontar as impressões dos turistas, profissionais da área e moradores, que são os mais afetados dentro desse tema, acerca do papel do Estado, tanto no incentivo do ramo turístico quanto na manutenção da infraestrutura geral, pois é preciso deixar claro que a recepção aos turistas não ocorre apenas em lugares já destinados para o turismo, já que muitos gostam de explorar a cidade. Dessa forma, com a visível poluição e a negligência estatal perante tantos problemas urbanos (como a falta de segurança, falta de cuidado e de limpeza das ruas e etc.), os turistas, após lidarem com tudo isso durante sua estadia, ao deixarem Natal, passam a carregar todas as impressões adquiridas da cidade, sejam elas positivas ou negativas.

Vale ressaltar que as mudanças aqui citadas não beneficiam apenas a atividade turística, pois servem, inclusive, para manter o bem estar social, ou seja, para amparar a todos.

Devido ao seu crescimento recente, pois desenvolveu-se de forma efetiva na década de 1980, o turismo se tornou uma das principais atividades econômicas de Natal, diversificando assim a economia natalense, que agora passa a contar com inúmeros centros de turismo, feiras artesanais, restaurantes com a culinária de diversas localidades e etc. Destarte, a necessidade de uma solução perante tantos problemas relatados pelos turistas e moradores se faz presente para que haja uma maior atenção nessa área, ressaltando a indispensabilidade do Estado para propiciar o surgimento de soluções efetivas para as dificuldades existentes no âmbito turístico.

3 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A diversidade cultural e a diversidade ambiental do Brasil compõem alguns dos elementos mais atrativos do Brasil, que são extremamente essenciais para o turismo pois a miscigenação, que deu origem ao povo brasileiro, é dotada de inúmeros valores

⁶ Polo Costa das Dunas é o nome turístico dado à região do litoral leste do estado do Rio Grande do Norte, no Brasil.

⁷ Costa Branca é o nome turístico dado a outra região do estado do Rio Grande do Norte, que se localiza no centro e oeste do estado.

culturais e, a possibilidade de transmitir esse conhecimento, a ideia dessa variação que ao mesmo tempo é única, juntamente com a beleza natural desse país possui, com o auxílio de um bom planejamento, a possibilidade de expandir as atividades turísticas.

Como nos mostra o Educabras (2018):

O desenvolvimento do turismo como atividade econômica é uma forma de criar empregos, reduzir as desigualdades regionais e distribuir melhor a renda no Brasil. Em 2003, pela primeira vez na história do país, o turismo ganhou um Ministério. A tal medida somou-se o primeiro documento visando ao desenvolvimento do turismo no Brasil – o Plano Nacional do Turismo 2003-2007 (2018).

Dessa forma, não ficando para trás, o Rio Grande do Norte possui, além de suas belezas naturais (praias, montanhas, sertão, entre outros), apresenta uma riqueza de recursos naturais como petróleo e minérios que atraem diversos investidores. Levando todas as informações em consideração, de acordo com a Secretaria de Estado de Turismo do RN (SETUR), o RN é o atual destino nº 1 do nordeste brasileiro (SETUR-RN, 2018).

Destarte, trazendo o foco para Natal, a cidade dispõe de inúmeros atrativos (como o Parque das Dunas, o Farol de Mãe Luiza, o Museu Câmara Cascudo, diversas belas praias e etc.), que podem (e devem) enriquecer bastante o turismo na capital potiguar, gerando aumento na receita do Estado e, conseqüentemente, sendo indispensável para o turismo brasileiro no geral.

Contudo, é preciso ressaltar que as garantias que favorecem as atividades turísticas em Natal são bastante recentes, pois apenas com a Lei Municipal Nº 6531, de 10 de junho de 2015, assinada pelo então prefeito Carlos Eduardo, houve a regulamentação da atividade de guia de turismo na cidade do Sol, um profissional extremamente necessário para o bom funcionamento do turismo, com a inclusão de capítulos direcionados, abordando sua identificação profissional, suas atribuições, suas responsabilidades, suas penalidades, suas infrações (para reconhecimento) e seus direitos. É importante ressaltar a existência da Lei Orgânica do Município de Natal/RN que, em seu Título VI, possui o Capítulo X voltado totalmente para o turismo e o incentivo necessário para sua otimização.

Não obstante, a atividade turística também pode contar com a Lei nº 11.771/08, a Lei Geral do Turismo (LGT), assinada por Luís Inácio Lula da Silva em setembro de 2008, de âmbito federal, onde, segundo a SEBRAE (2017):

A LGT reuniu várias normas relativas ao setor que se encontravam dispersas dentro da legislação brasileira, submetidas a interpretações diversas, e traçou os parâmetros para o desenvolvimento do setor. A regulamentação trouxe novidades como a instituição do Sistema Nacional de Turismo, a obrigatoriedade do Cadastur e o estabelecimento de normas sobre a Política Nacional de Turismo (2017).

A lei dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico; revoga a Lei no 6.505, de 13 de dezembro de 1977, o Decreto-Lei no 2.294, de 21 de novembro de 1986, e dispositivos da Lei no 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providência (2008).

4 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Inicialmente, o baixo desenvolvimento industrial do Estado do Rio Grande do Norte fez com que o turismo tomasse o protagonismo da economia estadual, contudo, é preciso ressaltar que houve uma alta concentração das atividades turísticas no litoral, sem abordar, no começo, meios que contribuíssem para a interiorização desse ofício. Obtendo força total na década de 1980, o turismo teve o apoio das políticas públicas realizadas pelo Estado do Rio Grande do Norte, esse que, por exemplo, segundo Maria Aparecida Pontes Fonseca e Angela Lúcia Ferreira (2002), passou a investir em áreas imobiliárias com a finalidade de impulsionar a nova atividade.

Segundo a ASSECOM/RN (Assessoria de Comunicação Social do Rio Grande do Norte, 2014), o turismo gera mais de 100 mil empregos, possuindo outras 54 atividades atreladas a si direta ou indiretamente, como o turismo cultural, contando com o auxílio de serviços médicos, financeiros, de locação de carros, de representações diplomáticas (consulados) e etc. Dessa forma, é possível afirmar que essa atividade movimenta, intensamente, a economia não só de Natal, mas também de todo o Estado do Rio Grande do Norte, atraindo investidores de vários países europeus, como a Espanha, Portugal e Itália. Por conseguinte, vale ressaltar que o Brasil também possui como um de seus principais pilares o turismo, agitando também o setor de serviços (o terciário) e a indústria.

Historicamente, os empresários locais eram céticos em relação ao êxito dessa atividade no estado. Consequentemente, o turismo acabou crescendo devido ao poder público estatal, que buscou promover a atividade turística potiguar. Destarte, é perceptível o papel do Estado, e é destacado aqui a sua importância para que esse negócio econômico tivesse tanto destaque, contudo, a intenção desse trabalho de pesquisa é mostrar como, atualmente, o turista desenvolve um juízo acerca da atuação

estatal (manutenção e cuidados regulares com a cidade, inclusive com os locais mais visitados; criação de políticas públicas que zele pela segurança de todos, desenvolvendo, então, um meio para alertar os turistas de quais cuidados tomar e como agir em determinadas situações; fiscalização para que os preços dos produtos, principalmente os regionais, não sejam extrapolados; e etc.), juntamente com o morador natalense, interessado no turismo como atividade econômica e como receptor, buscando interação social, pois, além de trocas comerciais, o turismo também acaba favorecendo a troca de informação e de sensações/emoções/sentimentos pois, antes de analisarmos o fim, devemos compreender os meios, que são os homens e as suas relações.

De acordo com Maria Aparecida Pontes da Fonseca (2007), temos dois processos espaciais que surgem a partir do turismo, possuindo grande importância, que é a internacionalização e a interiorização da atividade:

A internacionalização é um movimento de fora para dentro, e inicia-se com a chegada de investidores estrangeiros que implantam empreendimentos ao longo do litoral potiguar, especialmente em sua porção oriental. Parte significativa desses empreendimentos possui grandes dimensões e traz inovações com relação à tipologia dos empreendimentos turísticos até então existentes, associando meios de hospedagens com casas de segunda residência e vastas áreas de lazer. A chegada dos investidores estrangeiros também implica na chegada de uma demanda externa (turistas) que vem a reboque destes investimentos. A interiorização é um movimento interno, diz respeito à expansão do turismo para o interior do estado potiguar, processo esse ainda bastante incipiente (2007).

A partir de 2003 o governo brasileiro conferiu ao Turismo um status importante na administração pública federal com a criação do Ministério do Turismo, em 01/01/2003, com a medida provisória nº 103 (Caderno Virtual de Turismo, 2003). Entretanto, como já foi citado anteriormente, seu crescimento não se fez acompanhar de uma ação governamental planejada com definição de objetivos e estratégias que norteassem o poder público na implementação de ações mais eficazes, tornando-se altamente dependente do Governo do Estado que, por algumas vezes, é falho. Dessa forma, para a atividade turística é necessário que o governo municipal assuma o seu verdadeiro papel de coordenador do desenvolvimento do turismo, pois assim, quanto maior for a importância do turismo para a economia de um país, região ou localidade, maior deve ser o envolvimento do setor público (NOGUEIRA, 1987).

Destarte, para que as atividades turísticas ocorram de fato, além dos recursos naturais existentes para possibilitar o seu desenvolvimento e um espaço turístico

competitivo, é extremamente necessário que haja uma eficiente infraestrutura urbana, uma vez que a atividade turística utiliza a infraestrutura básica para o seu funcionamento e, como podemos acompanhar as notícias repassadas pelos diversos meios de comunicação, muitas vezes esse sistema se destaca por dispor de irregularidades, apresentando-nos assim uma face displicente do governo. Assim, analisando sua oferta e qualidade, temos os seguintes sistemas: rede viária de acesso, sistema de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, coleta e disposição do lixo, drenagem, sistema de transportes (transporte público, ferrovias, aeroportos e portos), sistema de comunicação, energia elétrica, serviços de saúde e de segurança. Dessa forma, fica claro que, se uma parte do “quebra-cabeça” se perde (nesse caso, não funciona), todo o resto perde o sentido e, por isso, é necessário que haja investimentos equitativos que garantam uma boa funcionalidade de todos os setores essenciais para o progresso do turismo. Neste contexto é preciso mostrar que, através da ação de um planejamento estratégico, deve ocorrer o processo de mudança em favor de ações que promovam o turismo local com implantação e conservação da infraestrutura turística, visando juntamente o desenvolvimento social e econômico, mantendo visível a importância da necessidade da conservação ambiental, bem como o respeito aos bens culturais e aos modos de ser e agir dos diferentes grupos sociais que fazem parte desta região.

Por outro lado, entrando no âmbito do direito, é preciso estar ciente que o turismo é regulamentado, possuindo, dessa forma, uma ordem de organização, como nos é apresentado pelo próprio Ministério do Turismo (2013), em um artigo sobre o Governo do Estado do Rio Grande do Norte:

A principal legislação do turismo é a LEI nº - 11.771, de 17 de Setembro de 2008, que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, e define as atribuições do Governo Federal no planejamento, no desenvolvimento e no estímulo ao setor turístico. A referida norma revoga a Lei nº 6.505, de 13 de dezembro de 1977, sobre atividades e serviços turísticos, e condições para o seu funcionamento e fiscalização; o Decreto-Lei nº 2.294, de 21 de novembro de 1986, relacionado ao exercício e à exploração de atividades e serviços turísticos; e dispositivos da Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991, que renomeia a EMBRATUR e dá outras providências. A Lei Geral do Turismo é outro instrumento legal de grande importância para o setor. Regulamentada pelo Decreto nº 7.381, de 02 de dezembro de 2010, a Lei estabelece normas sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, no desenvolvimento e no estímulo ao setor turístico e disciplina a prestação de serviços turísticos, o cadastro, a classificação e a fiscalização dos prestadores de serviços turísticos (2013, p. 94).

Por fim, para uma maior noção sobre a segurança pública da capital, verificou-se que existem 100 unidades envolvendo delegacias distritais, de plantão, especializadas, bases comunitárias, corpo de bombeiros, unidades penais, polícia militar e unidades subordinadas. Dessa forma, temos também um mapeamento que apresenta as áreas que possuem os maiores índices de violência, o que nem sempre é repassado para um turista que chega na “cidade do sol” com desejo de explorá-la e, também, além dessas regiões de risco, pode ser incluído a insegurança nos próprios hotéis, onde os turistas, conforme o relato das vítimas, muitas vezes tem seus pertences furtados como bolsas e relógios, além de dinheiro deixado no quarto por pensarem que é seguro.

E, como nos mostra a Tribuna do Norte (2017), a crise de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte acaba preocupando e afastando os turistas, danificando seriamente assim um dos nossos principais pilares econômicos:

De acordo com o presidente da Câmara de Turismo, George Gosson, as notícias negativas impactam diretamente na escolha do destino. Um dos receios do setor é de que as pessoas que estão se organizando agora para viajar nos próximos meses decidam visitar estados vizinhos devido à insegurança do Rio Grande do Norte (2017).

Ainda como presidente da Câmara, George Gosson ressalta o efeito cíclico do problema, considerando a importância do turismo para a economia do Rio Grande do Norte:

Isso impactará negativamente a receita de mais de 50 setores da economia potiguar e também diminuirá a arrecadação de ICMS (imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços) do Estado, dificultando ainda mais a regularização do pagamento das folhas de salários dos policiais e demais servidores (TRIBUNA DO NORTE, 2017).

Destarte, a violência que aumenta e assombra os moradores a cada dia é um dos principais problemas que cercam o turismo, pois, dessa forma, afastam os visitantes ou limitam as áreas para visitação.

Esse trabalho de pesquisa busca, assim, destacar as ações estatais, se houve negligência em determinada parte, se há méritos em outras, ouvindo sempre a população.

5 ANÁLISE DAS ENTREVISTAS

O trabalho de pesquisa passou a utilizar três questionários específicos, cada um para uma categoria entrevistada, onde aos turistas foi buscado aprofundar questões acerca da escolha do destino, da chegada em Natal (aeroporto e traslado), dos hotéis, dos passeios, dos preços, das reclamações e, por fim, da infraestrutura do turismo e, aos profissionais/moradores, tivemos a ideia de fazer um “roteiro” em que a pessoa entrevistada sai de sua realidade, do seu próprio bairro, para analisar a ação estatal na cidade e expor suas percepções sobre o turismo.

Natal, a cidade do sol, é um destino de viagem bastante comum e que costuma agradar os amantes de praia e encantar a todos com as suas belezas naturais. Muitos turistas demonstram que a capital do Rio Grande do Norte é parte integrante na aventura de desvendar o litoral nordestino deste imenso país: “É porque a gente tá indo conhecer o Nordeste, já fomos em Salvador, Porto Seguro, Fortaleza e agora a gente escolheu Natal” (Delma Moreira, 40 anos, Belo Horizonte/MG).

Além do ímpeto de conhecer o litoral brasileiro, muitas pessoas escolhem Natal pela propaganda, uma vez que a cidade está sempre presente em sites de recomendações e na boca de conhecidos que já fizeram uma visita: “Me disseram que era linda, maravilhosa aí eu vim conferir de perto né” (Maria de Fátima, 58 anos, São Paulo). Vale ressaltar que é comum encontrar turistas que já vieram a Natal mais de uma vez e continuam escolhendo essa capital como destino de férias, o que leva a crer que a cidade é uma aposta certa e que pouco decepciona: “É a terceira na verdade, é a terceira vez que eu tô vindo (vindo) aqui, gosto de Natal sim.” (Sílvia Renato, 60 anos, Brasília).

Por mais que Natal seja um destino consagrado, não quer dizer que está isenta das críticas dos turistas, muitas vezes elas se iniciam logo no aeroporto quando os visitantes se deparam com a distância e os preços de deslocamento do local de pouso até as redes hoteleiras da cidade, quem já vinha a Natal antes da mudança de localidade do aeroporto critica esse feito e alega desvantagem para o turista:

Muito longe, uma viagem (viagem) velha, porra, é caro né e outra (outra) não tô com opção de ônibus, um transporte, tudo é caro nesse novo, o antigo aeroporto era mais perto, mais próximo, tinha tudo, agora lá cê (você) não tem. Veja bem, o turista sabe tudo que gasta, de taxi ida e volta é 200 reais, absurdo de táxi e num (não) tem metrô, num (não) tem outra opção. Como um Uber, aqui também num (não) pode não tem Uber, mas aí tem umas vans por 35 (trinta e cinco reais) e tem que esperar lotar, aqui é uma cidade que dá muito turista, mas ela é meio atrasada nesse lado aí (Sílvia Renato, 60 anos, Brasília/DF).

Ademais, segundo alguns turistas, os preços de serviços e produtos cobrados em Natal estão mais altos do que o esperado: “Olha o serviço tá maravilhoso agora os preço (preços) ‘misericórdia’! Eu acho que se fosse um pouquinho menos iria vendê (vender) muito mais né, eu acho” (Maria de Fátima , 58 anos, São Paulo). Por outro lado, não foram ouvidas queixas quanto à prestação do serviço e a simpatia das pessoas que lidam diretamente com os turistas, pois tanto aqueles que trabalham com carteira assinada na área do turismo, quanto os que possuem empregos informais nessa área foram elogiados com muito reforço.

Entretanto, o que se percebe é que todas essas reclamações que os turistas fazem são rapidamente superadas por eles mesmos, revelando que o interesse na cidade é superior a alguns poucos pontos negativos. Contudo, apesar de poucos, um ponto negativo merece destaque em sua análise:

Assim, uma coisa que eu observei é que não tem lixera (lixeira). Minina (menina), você anda um tempão com uma coisa na mão, uma garrafinha, com lixo e então eu achei precário né? Ainda bem que a cidade é limpa acho que o vento leva tudo, não sei, pra algum lugar, mai (mas) não tem lixera (lixeira) (Maria de Fátima, 58 anos, São Paulo).

Vale refletir que além de uma cidade turística, Natal é uma capital com mais de um milhão de moradores, a falta de lixeiras implica dizer que não há preocupação em educar a sua própria população quanto à poluição e parece que também não se exige muito dos turistas que recebe, deixando a mercê de cada um andar ou não com seu lixo até encontrar onde deposita-lo.

Encerrando as principais reclamações dos turistas, foi uma surpresa revelada o fato de pouquíssimas pessoas terem conhecimento sobre a onda de violência que assola essa capital e que rendeu no ano de 2016 o título de cidade mais violenta do Brasil, segundo a ONG mexicana Conselho Cidadão para Segurança Pública e Justiça Penal. O que se nota, entretanto, em relação aos dados da entrevista é a percepção de uma violência generalizada em todo o país que diminui o impacto negativo e aumenta a incredulidade quanto aos dados de violência de Natal, revelando que essa informação não interfere em nada a escolha do destino de viagem:

Não, não porque eu moro, na minha opinião, na pior cidade que é São Paulo e minha profissão lá mexe exatamente com isso porque eu sou policial militar então não me amedronta muito não, porque eu convivo com isso (Silvana Marinho, 41 anos, São Paulo).

Será? Brasília é violenta, Fortaleza é violenta, São Paulo é violenta. Antigamente era só Rio e São Paulo, hoje é o Brasil todo. Eu vim pra cá e a gente acompanha né? (pausa feita pelo próprio entrevistado) Tá tocando fogo em ônibus né? Cendiando (incendiando) ônibus, esse problema aí de facções né? Vamo (vamos) fechar por aqui né (Sílvio Renato, 60 anos, Brasília).

Quanto à questão de oportunidades para se trabalhar, Natal mostra ser um grande atrativo para pessoas que buscam empregabilidade, principalmente na área de turismo, mas também no que for possível, uma vez que elas precisam se manter financeiramente, como relatou a comerciante Diana: “Necessidade. Num (não) foi nem deci (decisão)... Necessidade porque nã (não) tinha outro trabalho e eu tive que ficar com esse mesmo” (Diana Ferrera, 41 anos, Natal/RN); e também nos apontou o garçom de um dos restaurantes do Centro de Turismo de Natal, natural de Angicos/RN quando questionado sobre a decisão de trabalhar em Natal: “É, normalmente tem mais emprego aqui do que lá”. (Marcelo Melo, 35 anos, Angicos/RN).

Trazendo uma visão mais adentro da análise entre a infraestrutura e os habitantes da Cidade do Sol (Natal), observamos que os moradores e trabalhadores da capital citada também possuem observações relevantes para fazer em relação a tal situação, como o que os levaram a ingressar na área do turismo – mostrando sua relevância na economia local – e suas percepções pessoais, utilizando do método de comparação entre o principal bairro onde prevalece a presença dos turistas (Ponta Negra) e seus respectivos bairros e locais de frequência pois, de acordo com Karoline Socas (2014):

Tendo em vista esse aumento da criminalidade, as localidades de certa forma se tornam perigosas e com isso repercute na mídia e pode-se, com isso, diminuir o turismo da localidade, o que pode ser prejudicial para a economia de diversos lugares, já que o turismo é uma das atividades econômicas que mais geram renda para o Brasil (2014).

Ao falar em infraestrutura para os turistas, a capital se mostra mais bem equipada e preparada, segundo os profissionais da área: “Acho que o Governo ele foca mais no turismo e esquece da população local, eu acho porque como eu trabalho na área turística eles sempre gosta (gostam) do que vê né? Acho que em relação ao turismo tá indo bem” (Walneide Patrícia, 38 anos, Natal/RN). Dessa forma, o Estado parece priorizar áreas aonde há turistas, pois estes são a principal fonte de renda para a cidade, por outro lado, a população em si, em quesitos como saneamento, acessibilidade e, principalmente, segurança, não recebem a mesma atenção, fato perceptível por Janaína

Gomes Vitor da Silva, 40 anos, Ituiutaba/MG: “Eu acho que por Ponta Negra ser uma área turística eu acho que tenha mais investimento em policiamento, segurança, tem as viatura que faz a ronda direto”; e por outros entrevistados:

Assim, a acessibilidade alguns lugares é, por exemplo, Ponta Negra é melhor de você ir do que aqui na Praia do Meio e a diferença assim de classe, eles visam mais aquela área do que aqui aí sobra lá e falta aqui. Sinceramente mais nunca ouvi falar faz tempo que eu não vejo falar que um turista foi assaltado porque o turista quando ele vem ele fica nas área onde tem mais policiais que é mais seguro aí raramente são assaltados. (Marcelo Melo, 35 anos, Angicos/RN).
Hora nenhuma a gente se sente segura em Natal, só tem segurança nessas áreas assim de turismo né, se você chegar assim num ponto de onibus esquisito, principalmente na zona norte que é o foco, mas assim, em Natal toda isso rola (acontece) até em bairro mesmo com uma renda melhor só de você colocar o carro pra fora alguém ti (te) assalta” (Walneide Patrícia, 38 anos, Natal/RN).

Houve também reclamações por parte dos moradores quando o assunto era sobre o custo de vida na Cidade do Sol, foi observado que aqueles que possuíam possibilidade de comparação por alguma vez terem vivido em outras localidades, notaram que o custo de vida do natalense era alto em comparação com suas cidades anteriores, principalmente nos aspectos de transporte e alimentação, a justificativa apontada foi justamente por se tratar de uma cidade voltada para o turismo: “Tá alto viu? Tá munto (muito) alto em relação a tudo e a tendência é aumentar mais, né só Natal não, o petróleo aí automaticamente já aumenta tudo” (Marcelo Melo, 35 anos, Angicos/RN), e “eu como o pessoal reclama é mais na parte de gastronomia né? de comida né que acha um pouquinho mais caro” (Maria Sônia de Oliveira, 36 anos, Barcelona/RN).

Na contramão da violência, os roteiros turísticos parecem oferecer mais segurança para quem está apenas de passagem pela cidade, uma vez que esses espaços são mais bem valorizados pelo próprio Estado quando se leva em conta a importância do turismo para a economia do Rio Grande do Norte. Quando perguntados, todos os turistas entrevistados relatam ficar hospedados no mesmo local da cidade (Ponta Negra) e realizar os mesmos passeios, sem sair do roteiro: “Não sei muito bem o nome das praias, a gente foi na Praia do Turista, na Praia do Forte, e Ponta Negra e a gente ainda vai fazer um passeio de bugre (bugre) e tem mais dois passeios mas eu não tenho certeza” (Delma Moreira, 40 anos, Belo Horizonte/MG).

Não obstante a realidade de uma cidade com altos índices de criminalidade, os trabalhadores da área de turismo apontam, em sua maioria, que apesar dos perigos

anunciados pelos jornais, o principal fator para a queda nas vendas nos últimos 5 (cinco) anos seria a crise econômica que assolou o País, como sugere a comerciante do Centro de Turismo de Natal, Maria Aurinéide: “Caiu muito muito o movimento, caiu devido a essa crise que teve” (Maria Aurinéide, 49 anos, Parnamirim/RN). A empresária Janaína Gomes, dona de uma pousada em Ponta Negra, também relatou a percepção de seus negócios:

Olha, na baixa temporada teve uma queda grande nos últimos tempos, mas na alta como mês de dezembro, réveillon, janeiro e carnaval aí não tem do que reclamar continua muito com procura mas os meses de baixa realmente tá bem complicado. Acho que é em função mesmo dessa crise do país e o pessoal tá deixando de viajar muito, não tá tendo muita verba para poder investir em passeio e em turismo né aí só mesmo nessas datas mesmo de férias além de que menos pessoas tão fazendo isso eu acho mas tá dando pra manter (Janaína Gomes Vitor da Silva, 40 anos, Ituiutaba, MG).

Porém, ainda tiveram trabalhadores que associaram a depreciação de vendas com a violência: “Sinceramente tá caindo drasticamente devido essa falta de segurança, como Natal tá sendo a 4º cidade mais perigosa do Brasil aí a área de turismo vê issaí (isso aí) e não quer vim (vir)” (Marcelo Melo, 35 anos, Angicos/RN).

Podemos observar que a maior procura por Natal como destino turístico apontado pelos relatos dos trabalhadores é devido suas belezas naturais enquanto que a diminuição da credibilidade é devido a violência na capital, uma vez que comparado à situação do resto do Brasil, “Mas se você for avalia (avaliar) não é só Natal não, é todas as cidades que você andar todos os estados a segurança tá bem defasado, né?” (Maria Sônia de Oliveira, 36 anos, Natal/RN) e que o cenário econômico poderia ser melhorado se houvesse mais divulgação pela parte do Estado: “Poderia ser melhor sim, ser divulgado mais Natal, nossa cidade, nosso artesanato e o Governo poderia investir tipo assim, Fortaleza que lá é bem mais, né? Investimento é grande sobre a divulgação da cidade e aqui é pouco” (Maria Aurinéide, 49 anos, Parnamirim/RN).

Apesar de que as taxas de violência nas capitais brasileiras serem alarmantes, os trabalhadores da área de turismo fazem o possível para transmitir uma sensação de conforto e segurança para os turistas, revelando suas opiniões e sugestões para que eles permaneçam em áreas de segurança, além de alguns acreditarem que, mesmo com pesquisas mostrando cenário caótico, Natal não apresenta, ao menos para os turistas, tanto perigo como os noticiários deixam aparentar:

Assim, normalmente a gente não procura dizer a eles que tá perigoso, a gente sempre diz a eles que não tá, eles sempre perguntam se Natal tá perigosa aí cê (você) diz não não, mas também cê (você) não pode mandar ele pra todo lugar (Marcelo Melo, 35 anos, Angicos/RN).

Olha aqui nesse ponto aqui eu acho que de 6 (seis) anos que eu tenho aqui não teve nenhum caso assim de hóspede meu nem aqui do restaurante que tenha sofrido algum tipo de violência, a gente fica sabendo assim no calçadão e muito esporadicamente mas nesse ponto aqui em Ponta Negra em especial ainda tá seguro (Janaína Gomes Vitor da Silva, 40 anos, Ituiutaba/MG).

Deu 18 horas como aqui a gente não tem uma recepção, assim de 24 horas, em determinada hora a gente fecha e tranca o portão e cada hóspede tem na sua chave, a gente também sempre orienta que a partir de tal hora tem que manter trancado e a gente nunca teve nenhum problema (Janaína Gomes Vitor da Silva, 40 anos, Ituiutaba/MG).

É evidente que os turistas não são imunes a violência como determinados entrevistados quiseram dar a entender, há casos em que os viajantes sofreram com a criminalidade enquanto em seu período de descanso em Natal, “Reclamam bastante tanto que teve recentemente no bairro do Parque das Dunas, aquela turista que era policial em Santa Catarina e foi assassinada por causa do assalto” (Cristiano, 36 anos, Natal/RN), comprovando que apesar de mecanismos como mais rondas policiais em locais comumente hábitos por turistas e a Delegacia Especializada de Assistência ao turista – DEATUR, o município de Natal não pode prover total segurança aqueles que buscam explorar localidades que estejam distantes das áreas apontadas como “seguras”, limitando o turista e promovendo o aumento da noção separatista de classes, pois, as áreas que são consideradas com maiores taxas de periculosidade (um ponto que pode e deve ser resolvido pelo Estado) ficam alheias a maior atividade econômica que rege não só o município onde se encontram, mas também o Estado do Rio Grande do Norte.

É necessário ressaltar que, além de suas belezas naturais, os viajantes são atraídos também pela receptividade do povo natalense, devido ao conforto e atenção dados tanto pelos funcionários que, felizmente, os alerta sobre como proceder para evitar assaltos:

Sim, sim, como a gente (funcionários da pousada) não funciona 24 horas assim as chaves ficam com eles aí a gente ver direitinho o horário pra entrar, tomar cuidado ao sair esses tipos de coisa, não ficar tarde na rua, não deixar o celular dando bobeira (Joseane, 43 anos, Natal/RN).

São sim, até porque eles sempre pergunta também né, tipo assim ‘ah como que é aqui?’ ‘Aqui é perigoso?’ ‘Eu posso ir a praia tal horário?’ Aqui é tranquilo mas ninguém vai ficar de bobera (bobeira) na rua até porque né a violência tá em qualquer lugar, só que aqui (ponta negra) ainda tá tranquilo... mas aí é aquela história, a ocasião faz o ladrão. Aí nossas maiores orientações é não fique até tarde, não fique com o celular na mão ou usando mesmo lá do calçadão ou então lá pra baixo porque aqui é movimentado mas tem umas ruazinhas mais

pra perto da praia que são desertas, como subir a pé da praia pra cá em determinado horário é perigoso. (Janaína Gomes Vitor da Silva, 40 anos, Ituiutaba/MG).

Assim como, quanto pelos habitantes da capital: “Aquela coisa, ser bem receptivo, ser bem amigável e tratar todo mundo bem juntamente com o lado profissional de fazer o custo, de saber atender os clientes eu acho que tudo isso favorece né?” (Janaína Gomes Vitor da Silva, 40 anos, Ituiutaba/MG). Trabalhadores e moradores indagaram que os hóspedes que visitam Natal elogiam o local pelo seu ar de aceitabilidade com os estrangeiros, isso possui ainda mais efetividade uma vez associado com as tentativas governamentais de dar uma falsa sensação de segurança constantemente.

Aplicada uma visão generalizada, podemos configurar Natal como um município perigoso, porém preparado para dar maior suporte aos viajantes nas áreas de saúde, segurança e transporte quando relacionados às áreas de turismo, pois esta é sua maior fonte de renda, e recaindo sobre ela uma maior atenção para não ser comprometida pela onda de violência que percorre todo o Brasil. Entretanto, de acordo com um entrevistado, o turista que se desloca de outros estados brasileiros aparenta ter um maior preparo psicológico para determinadas situações de perigo, uma vez que conformado com a violência presente em todo país:

(...) Porque assim, muitos deles já vem prontos, digamos assim, quando eu falo turista eu falo também daqui mesmo do Brasil o pessoal do Rio de Janeiro, São Paulo aí lá tá tão perigoso quanto aqui então eles já vem pra cá pronto mais do que a gente que tá aqui inclusive, já turista de fora a gente dá uns alerta “pô (poxa) as praia funciona até as 17 horas da tarde então evita andar depois desse horário porque se torna um pouco esquisito e tudo mais”... Nada mais do que isso nenhum alerta estrondoso porque a gente não tem essa necessidade.” (Lucas de Azevedo Alves, 22 anos, Natal/RN).

Contando com a presença do Estado:

Tá boa, delegacia funcionando, maioria dos turistas que vem eles já vem com uma garantia de plano de saúde alguns pacotes já envolvem também, eu não sei o nome que se dá, mas é um pacotezinho (pacote/pacotinho) que dá uma segurançazinha (segurança) a mais, em caso de acidente ou agressão já vem o pacotezinho (pacote/pacotinho) fechado que eles têm acesso aos hospitais, tem também o SAMU específico pra turista que vem na hora e não demora 10 minutos pra chegar (Lucas de Azevedo Alves, 22 anos, Natal/RN).

E dos trabalhadores na área de turismo em criar um ambiente de maior segurança e comodidade:

(...) Tanto é que a gente tem câmeras aqui, a gente colocou essa cerca aí e a gente conta também com os vizinhos, porque como aqui é uma área bem comercial daí os vizinhos tem também câmera e vigia então é um olhando o outro né? aí né também nos ajuda que aqui do lado tem esse restaurante grande aí o Camarões que tem vigia 24 horas então é isso a gente sempre se preocupa com o bem estar dos turistas né. (Janaína Gomes Vitor da Silva, 40 anos, Ituiutaba/MG).

A capital do Rio Grande do Norte torna-se um local viável e desejável para se passar o período de férias, sendo as reclamações normalmente voltadas para assuntos menos sérios do que assaltos e ameaças, em se tratando dos turistas. Contudo, essa percepção muda e adquire uma preocupação mais incisiva em relação à segurança, quando se trata dos trabalhadores da área do turismo e que tem residência fixa em Natal. Além disso, a infraestrutura voltada para o turismo recebe uma boa avaliação de todos os entrevistados. No entanto, quando o morador que trabalha e que também usufrui desse suporte estrutural nas áreas mais bem valorizadas de Natal, no final do dia, ao se deslocar para casa, em bairros mais afastados do interesse do turismo, a qualidade da preocupação estatal cai drasticamente, assim como a qualidade de vida de seus moradores, fato exemplificado na fala da entrevistada Janaína Gomes Vitor da Silva, empresária na Pousada Veraneio, localizado em Ponta Negra: "Eu acho que por Ponta Negra ser uma área turística eu acho que tenha mais investimento em policiamento, segurança, tem as viatura que faz a ronda direto."

Além da violência, um problema recorrente na infraestrutura despercebida pelos turistas, mas que os moradores da cidade lidam todos os dias, são as demasiadas ruas não pavimentadas dos bairros periféricos e a problemática gerada por elas, como por exemplo, atraso no trânsito, prejuízo aos automóveis e, muitas vezes, a lama causada pela chuva que atrapalha do traslado de pedestres à manutenção da limpeza nas casas dos natalenses. Fato é que dois bairros afastados, sendo um periférico e outro turístico, revelam a existência de "dois pesos e duas medidas" na valoração que é feita do turista e do morador da cidade de Natal.

Por fim, com as entrevistas realizadas tanto com os turistas, como os moradores e também profissionais do turismo, pode-se depreender que a depender do potencial turístico de determinada área de Natal, como Ponta Negra, por exemplo, há uma maior preocupação com o bem estar do turista, o que não é ruim, mas que destoa excessivamente da preocupação com o bem estar de um morador de qualquer bairro de menor importância para a o setor turístico da economia, alimentando assim a impressão

que alguns moradores tem de Natal ser duas cidades diferentes e que a verdadeira, apesar do seu potencial, não é a ideal.

6 CONCLUSÃO

A partir do desenvolvimento do estudo acerca do turismo em Natal, podemos verificar algumas falhas nas ações estatais, principalmente na segurança, a ausência de políticas públicas voltadas para a conscientização da população local e de profissionais qualificados nas secretarias de turismo, redes hoteleiras e etc.

A cerca da segurança, é notório a repercussão nas mídias nacionais, da atual situação da cidade de Natal, resultando em uma breve queda no movimento turístico da cidade por ser um fator social extremamente importante na escolha de uma viagem. Porém, a partir da pesquisa de campo, com a finalidade de obter dados mais consistentes sobre as etapas do turismo e as suas ramificações, vale salientar que atualmente, apesar de tudo, existe uma maior atenção e investimento em áreas mais turísticas (ou seja, arredores de belas praias, centros culturais mais próximos dessas praias, entre outros). Ademais, analisando tudo o que foi dito, nós podemos retirar a interpretação de que outros dois elementos prejudiciais estão explícitos: a não percepção da necessidade, que não deixa de ser uma espécie de empatia, onde há claramente a exclusão do benefício de algumas áreas em prol de outras, e por fim, nos leva a noção de diferença de classe.

Segundo a LEI nº - 11.771, de 17 de Setembro de 2008, que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, e define as atribuições do Governo Federal no planejamento, no desenvolvimento e no estímulo ao setor turístico, fica explícito a ausência de assistência nas diversas regiões da cidade, especialmente aquelas que não são tão frequentadas pelos turistas, ocasionando o esquecimento pelo poder público e impactando a vida dos moradores e turistas, exatamente pela negligência da infraestrutura para o funcionamento de uma cidade tão turística como Natal.

Dada à importância do assunto, torna-se necessário o desenvolvimento do planejamento dessa atividade, por meio de uma reestruturação do turismo, para que assim a população receptora possa desfrutar e participar do desenvolvimento do serviço turístico, gerando um clima mais familiar ao visitante. Ademais, faz-se presente, a necessidade de uma maior preocupação e consciência tanto da população como do

poder público para, assim, investigar possibilidades de melhorias nas medidas governamentais, garantindo, então, a eficácia dos trabalhos nos setores e na infraestrutura, beneficiando toda população e turistas, conseqüentemente ampliando o mercado do turismo e trazendo maiores investimentos para o Estado.

REFERÊNCIAS

ASSECOM/RN. **O turismo movimenta economia do Estado do RN**. Disponível em: <http://www.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=50181&ACT=null&PAGE=null&PARM=null&LBL=Reportagens>>. Acesso em: 30 out. 2018.

ASSECOM/RN. **Turismo**. Disponível em: http://www.turismo.gov.br/sites/default/turismo/DPROD/PDITS/RIO_GRANDE_DO_NORTE/PDITS_MUNICIPIO_DE_NATAL.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Ministério do Turismo. **Elaboração da avaliação ambiental estratégica do conjunto de ações integrantes do Plano de Desenvolvimento Integrado do Turismo Sustentável - PDITS, dos polos turísticos costa das dunas, costa branca e Seridó**. Rio Grande do Norte: jun. 2011.

BRASIL. Ministério do Turismo. **Versão Final do PDITS de Natal**. Disponível em: http://www.turismo.gov.br/sites/default/turismo/DPROD/PDITS/RIO_GRANDE_DO_NORTE/PDITS_MUNICIPIO_DE_NATAL.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

EDUCABRAS. **Turismo no Brasil**. Disponível em: https://www.educabras.com/ensino_medio/materia/geografia/transporte_comunicacao_e_turismo/aulas/turismo_no_brasil>. Acesso em: 30 out. 2018.

FONSECA, Maria Aparecida Pontes. Tendências atuais do turismo potiguar: a internacionalização e a interiorização. In: NUNES, E.; CARVALHO, E.; FURTADO, E.;

FONSECA M. (orgs). **Dinâmica e gestão do território potiguar**. Natal: EDUFERN, 2007. p. 213-233.

FONSECA, Maria Aparecida Pontes; FERREIRA, Angela Lúcia; PETIT, Aljacyra M. Correia M. Turismos, políticas públicas e produção imobiliária: novos caminhos da urbanização potiguar. In: SOUZA, Maria José. (org). **Políticas públicas e o lugar do turismo**. Brasília: UNB/Departamento de Geografia/Ministério do Meio Ambiente, 2002. p.123-136.

G1 RN. **Natal é a cidade mais violenta do Brasil, diz ranking mundial**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/natal-e-a-cidade-mais-violenta-do-brasil-diz-ranking-mundial.ghtml>>. Acesso em: 30 out. 2018.

G1. **Brasil tem 19 cidades em ranking de ONG com as 50 mais violentas do mundo**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-tem-19-cidades-em-ranking-de-ong-com-as-50-mais-violentas-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 30 out. 2018.

GRUBER SANSOLO, Davis; CÁSSIA ARIZA DA CRUZ, Rita de. **Plano Nacional do Turismo: uma análise crítica**. Caderno Virtual de Turismo, vol. 3, n. 4, 2003, pp. 1-6. Universidade Federal do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil.

NOGUEIRA, Mário G. O papel do turismo no desenvolvimento econômico e social do Brasil. **Revista de Administração Pública**, Botafogo, v. 21, n. 2, p. 37-54, 1987.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei Municipal Nº 6532, de 10 de junho de 2015**. Regulamenta a atividade de guia de turismo no município do Natal, e dá outras providências. Rio Grande do Norte, 2015. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rn/n/natal/lei-ordinaria/2015/654/6531/lei-ordinaria-n-6531-2015-regulamenta-a-atividade-de-guia-de-turismo-no-municipio-do-natal-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 30 out. 2018.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008**. Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico; revoga a Lei no 6.505, de 13 de dezembro de 1977, o Decreto-Lei no 2.294, de 21 de novembro de 1986, e dispositivos da Lei no 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providências. Rio Grande do Norte, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei orgânica do município de Natal/RN**. O Município do Natal rege-se por esta Lei Orgânica, obedecida as disposições constitucionais da República Federativa do Brasil e do Estado Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, 1990. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/lei-organica-natal-rn>>. Acesso em: 30 out. 2018.

SEBRAE. **Lei Geral do Turismo: marco regulatório do turismo**. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/lei-geral-do-turismo-marco-regulatorio-do-turismo,2c10ebb38b5f2410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em: 30 out. 2018.

SETUR-RN. O Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://natalbrasil.tur.br/o-rio-grande-do-norte/>>. Acesso em: 30 out. 2018.

TRIBUNA DO NORTE. **Insegurança preocupa trade turístico**. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/insegurana-a-preocupa-trade-turistico/401136>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Discurso proferido pelo Professor Paulo Lopo Saraiva em 07.09.2016, por ocasião da entrega da Medalha da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Exm^o Sr. Professor Eduardo Vera Cruz Pinto, Convidados e Convidadas.

Neste ato solene, recebo a Medalha da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, das mãos honradas do eminente Professor-Doutor Eduardo Vera Cruz Pinto, Presidente do Instituto de Direito Brasileiro da FDUL.

Longe de ambicioná-la, não recuei em tê-la na galeria dos meus troféus culturais, pois entendo e aceito as razões que conduziram o ilustre Mestre a essa decisão, para mim alegre e benfazeja.

Retorno a Portugal, “Jardim da Europa à beira-mar plantado”, na expressão do poeta Tomás Ribeiro, e participo de uma solenidade como esta, grandiosa no seu telurismo e na sua significação humana.

Sou neto do lusitano Augusto César Lopo, meu avô materno, que viveu, no século 19, em Estevais, Concelho de Mogadouro, entre Braga e Bragança, ao lado do seu irmão Albino dos Santos Pereira Lopo, Militar e historiador, português de nascimento e fama.

O nome Lopo é português “da gema” e marca definitiva da minha vinculação eterna com a “ditosa” pátria de Camões.

Aqui fui “bolseiro”, do antigo Ministério do Ultramar, nos idos de 1974, com bolsa de 5.000 escudos, que era suficiente para minha subsistência nesta “velha cidade, cheia de encanto e beleza.”

Acompanhei – *quantum satis*, a “Revolução dos Cravos”, o maior acontecimento democrático com que convivi, em toda a minha vida.

Vi o povo português libertar-se do jugo ditatorial, através das Forças Armadas que, naquele episódio histórico, conquistaram toda a sociedade.

Cantei, também, a canção eterna: “AGORA O POVO UNIDO, NUNCA MAIS SERÁ VENCIDO”, síntese do movimento libertador.

Acordei, no dia 25 de abril de 1974, ao som de “Grândola, Vila Morena”, a canção de José Afonso, senha para o início da operação militar.

Esta Medalha é-me entregue, no dia 7 de setembro, independência do Brasil.

Foi um príncipe português, Pedro I, vosso Pedro IV, que proclamou a emancipação política.

Mas, como afirma Sud Menuci, foi ele – D. Pedro I, que “nos salvou da desintegração que pulverizaria a América Espanhola, repartida numa porção de pátrias, evidentemente bem menos importante que o enorme e passante bloco de onde provieram.”

Atravessei o oceano atlântico, “Mare Nostrum”, para receber esta homenagem.

Vim da terra do imortal “[Câmara Cascudo”, antigo e falecido docente da Faculdade da Ribeira, em Natal/RN, onde me formei, em 1971, que afirmou: “nós somos a Foz, Portugal é a nascente”.

Na docência e na Advocacia, tendo defendido que a Justiça é a quarta parte do Direito, sua finalidade última, sua dimensão teleológica.

De vera, a realidade jurídica não pode confinar-se às dimensões do Fato, Valor e Norma. Esses três elementos formadores do Direito, desaguam obrigatoriamente na realização da Justiça, objetivo supremo da atividade constitucional.

E aqui, como tenho advertido, não se deve confundir justiça-valor, objetivo do Direito, com Judiciário, órgão que deve efetivar a Justiça, como o Ministério Público, a Advocacia, a Polícia, os Docentes jurídicos, enfim, a própria sociedade.

É esta a lição de Karl Schmid¹: **“Temos de aprender de novo que a Justiça está antes do direito positivo e que são unicamente as suas categorias intocáveis pela vontade do homem que podem fazer das leis direito – seja o legislador quem for, um tirano ou um povo. Velar por isso é a nossa função, a função própria dos juristas. Se o esquecermos, degradamo-nos em auxiliares e servos do poder.”**

Na comunicação diária temos de entender e atender ao apelo do povo, que “pede justiça” e não burocracia.

Cumpre-nos, como juristas do século XXI, aplicar a “Norma de decisão”, efetivadora do Direito, como preleciona Friedrich Muller, na sua obra “Teoria Estruturante do Direito.”

O sistema democrático em que devemos laborar, tem de estar atento à função do “ser” e não apenas do “Dever ser”.

Nesta linha de raciocínio, avulta a mensagem do Mestre Paulo Bonavides², já homenageado por esta Universidade: **“A democracia neste fim de século, mais do que um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político ou uma**

¹ Apud Oto Bachof. Normas Constitucionais Inconstitucionais, Almedina, 1994. (SCHMID, Karl. No Congresso Jurídico de Constança, em 1947 (DRZ 1947, 205 ss., 206)

² BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Editora Malheiros, 2000.

forma de vida, tende a se converter ou já se converteu no mais novo direito dos povos e dos cidadãos. É direito de qualidade distinta, direito que eu diria da quarta geração.”

Concluo este modesto agradecimento, com a evocação de que hoje tenho a imensa honra de pertencer à Faculdade de Direito de Lisboa, onde pontificaram os professores Marcelo Caetano, Jorge Miranda e Marcelo Rebelo de Sousa, atual presidente de Portugal e onde V.Ex^a Professor Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto, continua a exercer a liderança nesta Augusta casa Lusitana.

O meu amor a Portugal sintetiza-se nesta estrofe que compus, em São Paulo, em 1980, quando venci um concurso de trovas numa TV, no programa “Caravela da Saudade”:

“Este país tropical,
Que tem um céu cor de anil
Concerteza é um Portugal
Que todos chamam Brasil.”

Abraço Luso-brasileiro para todas e todos!

Paulo Lopo Saraiva