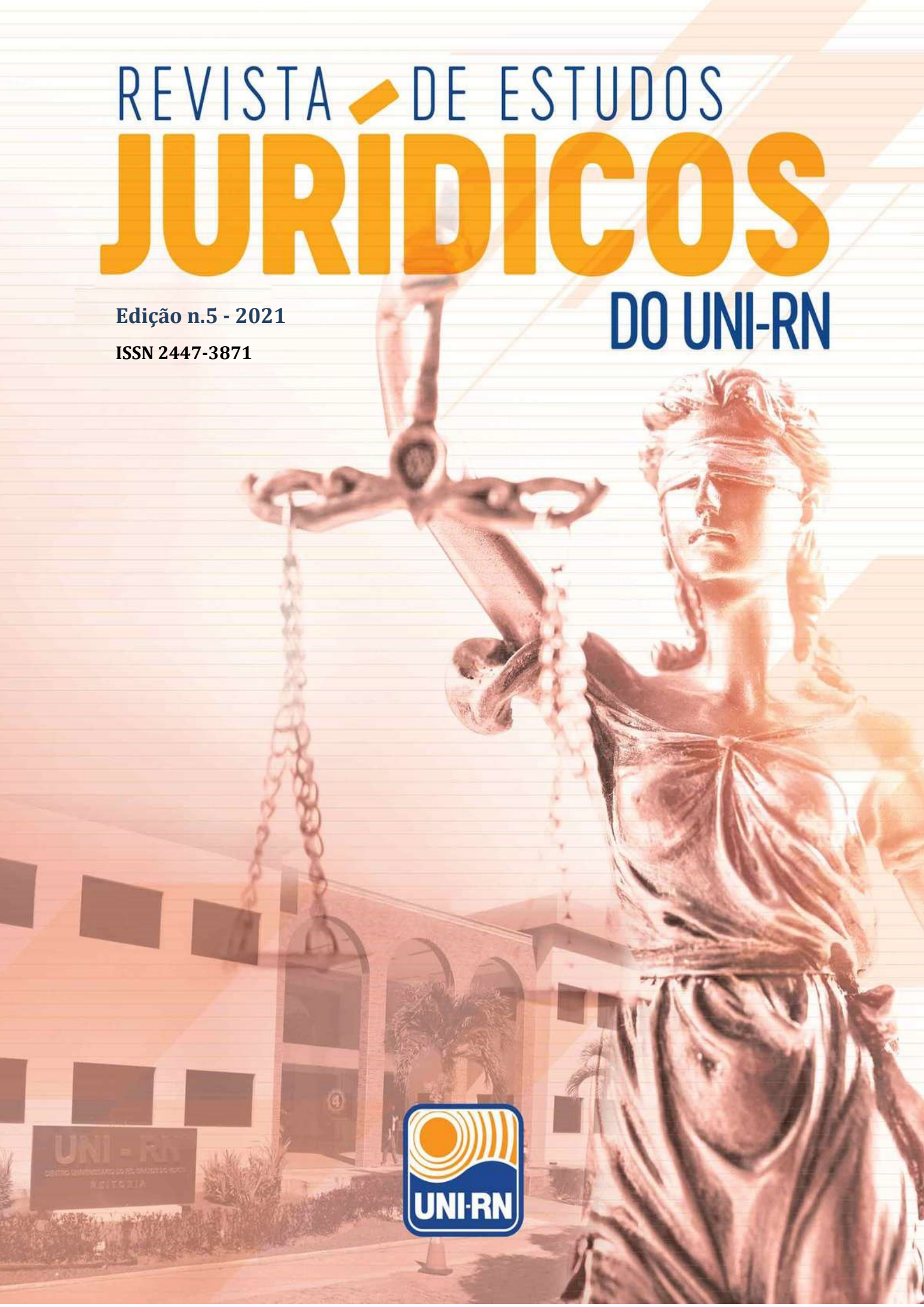
# REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

**Edição n.5 - 2021**

**ISSN 2447-3871**



**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE**
**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE**

# REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

**Centro universitário do Rio Grande do Norte**

**N.5, Janeiro / Dezembro 2021**
**e-ISSN 2447-3871**

**NATAL/RN**
**2021**

*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

Catalogação 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.5 (jan./dez. 2021)- . – Natal : UNI-RN, 2021-

747p.
Anual

Descrição baseada em n. 5 (jan. /dez. 2021).
e-ISSN: 2447-3871

1. Direito 2. Memória Jurídica. 3. Orasam acadêmica – Padre Miguelinho.

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**
Profª Ângela Maria Guerra Fonseca

**Pró-reitora Acadêmica**
Profª Fátima Cristina de Lara M. Medeiros

**Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação**
Prof. Aluísio Alberto Dantas

**Coordenadores do Curso de Direito**
Profª Úrsula Bezerra e Silva Lira
Profª Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas

**CONSELHO EDITORIAL**

**Presidente**
Prof. Fábio Fidelis de Oliveira

**Equipe**
Ana Mônica de Medeiros Ferreira - Externo
Marcelo Maurício da Silva
José Eduardo de Almeida Moura
Marco Aurélio de Medeiros Jordão
Walber Cunha Lima
Ricardo Tinôco de Gois - Externo

**Ilustração da Capa**
Executiva propaganda

**Padronização e Adm. Portal de Revistas**
Fernando Roberto Brandão da Silva

**Revisão**
João Maria de Lima

**Coordenação Editorial**
Profº Fábio Fidelis de Oliveira

**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

## SUMÁRIO


**EDITORIAL**
*Fábio Fidelis de Oliveira* **9**

**ARTIGOS:**

**A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICABILIDADE NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ALIMENTÍCIA**
Fabrício Meira Macêdo Filho, Petrúcia da Costa Paiva Souto **10-32**

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A POPULAÇÃOEM SITUAÇÃO DE RUA**
Richardson Emanoel de Brito Borba, Marco Aurélio de Medeiros Jordão **33-52**

**A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO COMBATE AO CONGESTIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**
Felipe Câmara Fonseca, Walber Cunha Lima **53-73**

**A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR FEMININO:** UMA ANÁLISE DA LEI Nº 9.263/1996 À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
Isadora Bezerra Santos Vieira Pires, Ana Mônica Medeiros Ferreira **74-106**

**A MISTANÁSIA DAS PESSOAS TRANSEXUAIS DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**
Ana Luisa Albuquerque de Lima Freitas, Walber da Cunha Lima **107-123**

**A NECESSIDADE DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO PARA CELERIDADE PROCESSUALÀ LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL /2015 E DA LEI N° 13.140/2015**
Aimmê Elisabeth França Vasconcelos Lima e Castro, Petrúcia da Costa Paiva Souto **124-143**

**A POSSIBILIDADE DE PENHORA SOBRE A REMUNERAÇÃO DO EXECUTADO NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
Silas Andrade dos Santos, Matusalém Jobson Bezerra Dantas **144-169**

**A PRIMEIRA INFÂNCIA DENTRO DO CÁRCERE:** UMA ANÁLISE DAS CRIANÇAS ENCARCERADAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
Sofia Castro Gadelha Simas, Walber Cunha Lima **170-196**

**A SUB-REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA DO RIO GRANDE DO NORTE:** UM ESTUDO SOBRE OS FATORES QUE CONTRIBUEM PARA ESTE FENÔMENO FRENTE AOPIONEIRISMO DO ESTADO NA EMANCIPAÇÃO POLÍTICA DA MULHER.
Maria Izabela Cardoso de Oliveira, Rasland Costa Luna de Freire **197-220**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO E A SUA RECORRIBILIDADE NAS DECISÕES INTERLOCUTORIAS A LUZ DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**
Jorge Bernardo Silva Fonseca, Petrucia da Costa Paiva Souto **221-240**

**ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A CARÊNCIA DE LEGISLAÇÃO VIGENTE SOBRE O TEMA EM NOSSO PAÍS**
Ana Clarisse L. P. Estrela de Melo, Walber Cunha Lima **241-259**

**ANÁLISE DAS CANDIDATURAS LARANJAS DE MULHERES NO PROCESSO ELEITORAL NO RIO GRANDE DO NORTE:** ENTRE A IGUALDADE DE GÊNERONA POLÍTICA E O DIREITO FUNDAMENTAL A ELEIÇÕES LIVRES DE FRAUDES
Yuri Felipe Lima Damasceno Cortez de Medeiros, Abraão Luiz Filgueira Lopes **260-284**

**AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS JOGOS À CONCILIAÇÃO TRABALHISTA**
Maria Júlia Pereira Galvão, Andréa de Andrade Fernandes **285-333**

**ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES MILITARES:** A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
Lorenna de Lima Angelo, Fábio Fidelis de Oliveira **334-352**

**ASSISTÊNCIA AFETIVA DOS INCAPAZES E OS IMPACTOS DA QUARENTENANA FORMAÇÃO DE VÍNCULOS AFETIVOS**
Arthur Ferreira Pinto de Araújo, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchel de Morais **353-383**

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CARÁTER PROMOCIONAL E PROTETIVO DAS NORMAS QUE TUTELAM O DIREITO DO TRABALHO DA MULHER**
Thaísa Alessandra Fernandes do Rosario, Adriana Gomes Medeiros de Macêdo Dantas **384-405**

**DIREITO DE IMAGEM E DIREITO DE ARENA NOS CONTRATOS DE JOGADORES PROFISSIONAIS DO FUTEBOL BRASILEIRO**
Julianno Fernandes Paim, Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas **406-429**

**DISNEY CULTURAL EXCHANGE PROGRAM:** EXPLORAÇÃO DE MÃO DE OBRA OU REALIZAÇÃO DE UM SONHO?
Flora Viana da Câmara, Marcelo Maurício da Silva **430-453**

**"DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS":** UMA ANÁLISE ACERCA DA (NÃO) PRESENÇA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NOESTUDO DE CASO DA FAVELA DO JACAREZINHO.
Amanda Luiza Bezerra Rodrigues, Marcelo Maurício da Silva **454-479**

**FAKE NEWS:** ANÁLISE JURÍDICA ELEITORAL PARA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA
Rafael Teixeira Ribeiro Dantas, Abraão Luiz Filgueira Lopes **480-502**

**MISTANÁSIA E OS RETRATOS DA PANDEMIA NO BRASIL: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS DA LUTA PELA VIDA**
Felipe Thaynã Mesquita de Paiva, Walber Cunha Lima **503-521**

**O RACISMO INSTITUCIONAL E OS DESAFIOS PELA BUSCA DE IGUALDADENO ATENDIMENTO DOS SISTEMAS DE SAÚDE**
Lívia Lorena Silva Araújo, Walber Cunha Lima **522-550**

**O SENHOR DOS ANÉIS :** UMA ANÁLISE DO PAPEL DO ESTADO NASOCIEDADE A PARTIR DA OBRA DE J. R. R. TOLKIEN
Válter Henrique Cidade Ferreira, Marco Aurélio de Medeiros Jordão **551-568**

**O VAZAMENTO DE IMAGENS ÍNTIMAS NO SÉCULO XXI :** AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS E SOCIAIS QUANTO À EXPOSIÇÃO DE MULHERES AS MARGENS DO DIREITO DA PERSONALIDADE
Allana Laryssa Targino Gomes, Walber Cunha Lima **569-597**

**ÓRFÃOS DA PANDEMIA** : O PAPEL DO ESTADO À LUZ DO ORDENAMENTOJURÍDICO BRASILEIRO
Isadora Maia Fernandes, Ana Mônica Medeiros Ferreira **598-626**

**ORTOTANÁSIA COMO DILEMA BIOÉTICO E JURÍDICO:** A REDUÇÃO DO SOFRIMENTO DE PACIENTES TERMINAIS E A GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA
Sérgio Jonas da Silva Filho, Walber Cunha Lima **627-643**

**OS IMPACTOS DA ADC 49 E REFLEXOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS DA RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA DO ESTABELECIMENTO**
Pedro Paulo Santana Silva, Abraão Luiz Filgueira Lopes **644-668**

**RACISMO INSTITUCIONAL E SISTEMA DE JUSTIÇA:** UMA ANÁLISE DOTRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE
Wesleyanne Alves da Silva, Sandresson de Menezes Lopes **669-697**

**REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS FACE AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:** O DIREITO EM PERSPECTIVA SOB O VIÉS DEMEDIDAS ESTRUTURANTES
Fernando José Quintaneira Ferreira, Walber Cunha Lima **698-723**

**UMA ANÁLISE DO PAPEL DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E ABUSCA PELA IGUALDADE DE GÊNERO**
Ana Clara Silva Pinto, Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas **724-744**

**MEMÓRIA JURÍDICA:**

**ORASAM ACADEMICA – PADRE MIGUELINHO** **745-747**

# EDITORIAL

O presente número da Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN reafirma o compromisso do Curso de Direito do nosso Centro Universitário na manutenção de um adequado veículo para a divulgação de trabalhos científicos marcados pela excelência.

Na atual coletânea figuram contribuições relacionadas aos campos da bioética, processo civil, direito eleitoral, direito constitucional e direito do trabalho em singulares conexões com o universo político, cultural e literário.

Os artigos aqui constantes, a maioria deles oriundos dos trabalhos de conclusão de curso defendidos em no ano de 2021, claramente primam por angulações hábeis na sondagem dos novos caminhos para problemáticas sensíveis às preocupações sociais do presente.

Assim, ao direcionarmos nossa atuação em insistente apoio às iniciativas de pesquisa, sempre em diálogo com os demais ângulos formadores da experiência do ensino superior, é que colhemos, mais uma vez, os frutos de uma educação crítica e comprometida com a responsabilidade social.

Fábio Fidelis de Oliveira.

# A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUAAPLICABILIDADE NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ALIMENTÍCIA

Fabrício Meira Macêdo Filho[1]
Petrúcia da Costa Paiva Souto[2]

**RESUMO**

Este trabalho visa analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica à luz do Direito Civil, mormente a sua aplicabilidade no cumprimento de sentença em ações alimentícias. Tem-se, como objetivo específico, analisar como o referido incidente em sua forma inversa poder trazer efetividade em sua aplicação na fase executiva em processos de natureza alimentar. Por oportuno, utilizou-se para alcançar os resultados a metodologia jurídica-dedutiva em pesquisas bibliográficas. Também foram utilizadas decisões de tribunais brasileiros e artigos científicos referenciados ao final a fim que o escopo do incidente tratado fosse revelado nas ações de caráter alimentício. Por fim, conclui que a utilização da desconsideração inversa da personalidade jurídica trouxe às ações alimentícias uma ferramenta de desvelamento do patrimônio do devedor, abrindo um caminho outrora inacessível pelos outros meios executivos.

**Palavras-Chave:** Desconsideração da personalidade jurídica. Incidente. Inversa. Efetividade. Execução alimentícia.

## REVERSE DISREGARD OF THE LEGAL PERSONALITY AND ITS APPLICATIONIN THE ALIMONY EXECUTION

**ABSTRACT**

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: fabriciomfilho@gmail.com
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: petruciacosta@unirn.edu.br

This work aims to analyze the institute of disregard of the legal personality in the light of Civil Law, especially its applicability in the fulfillment of judgment in alimony actions. The specific objective is to analyze how the aforementioned incident, in its inverse form, can bring effectiveness in its application in the executive phase in food processes. As appropriate, the legal-deductive methodology in bibliographic research should be used to achieve the results. Decisions from Brazilian courts and scientific articles referenced at the end were also used so that the scope of the incident dealt with was revealed in the food court actions. Finally, it concludes that the use of the inverse disregard of the legal personality brought to the alimony actions a tool for unveiling the debtor's assets, opening a path previously inaccessible by other executive means.

**Keywords:** Disregard of legal personality. Incident. Inverse. Effectiveness. Food execution.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, pretende analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica em seus principais aspectos teóricos e conceituais, com a finalidade de entender a sua forma inversa, bem como a relevância do incidente aplicado em sede de cumprimento de sentença alimentício visando a garantia da prestação dos alimentos.

Primeiramente, através da análise conceitual e doutrinária da Pessoa Jurídica, com breves considerações acerca da autonomia patrimonial, se demonstrará a importância do instituto para a economia, dando as bases iniciais para o primeiro pilar do trabalho.

A presente pesquisa propõe adentrar no cerne da desconsideração da personalidade jurídica através da análise da cronologia do seu surgimento na legislação positiva brasileira, se utilizando de elementos conceituais e teóricos, bem como da análise do art. 50 do Código Civil e seus aspectos.

Ainda na sequência, será abordado os principais aspectos da desconsideração em sua forma inversa, os efeitos da causa e, os aspectos processuais relevantes para o entendimento do incidente.

As formas de cumprimento de sentença dos alimentos, no penúltimo tópico, são imprescindíveis para se alcançar o entendimento final do presente trabalho.

Por fim, o último capítulo irá traçar as bases da aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica no cumprimento de sentença e sua importância como instituto de efetivação dos alimentos, trazendo uma série de entendimentos jurisprudenciais e concluindo a pesquisa com os resultados.

No presente artigo, será utilizada a pesquisa bibliográfica e o método jurídico-dedutivo, tendo como marco teórico e principais norteadores, as obras de José Miguel Garcia Medina e Flávio Tartuce, além do estudo de artigos científicos sobre o tema e entendimentos jurisprudenciais.

## 2 DA PESSOA JURÍDICA

A personalidade jurídica é um instituto que surgiu com a finalidade de incentivar o desenvolvimento econômico, através do estímulo da atividade empresarial com a redução de riscos, fazendo com que as pessoas físicas atuassem diretamente nos negócios, certos da incomunicabilidade entre os bens da sociedade e os bens pessoais.

De maneira simplificada, expõe Flavio Tartuce (2013, p.126) que as pessoas jurídicas são "conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal".

Portanto, a personalidade jurídica, tipificada do art. 44 ao 47 do Código Civil (BRASIL, 2002) nasce com a inscrição dos atos constitutivos da sociedade no registro próprio e na forma da lei. Em consonância com a personalidade jurídica, já aludido anteriormente por "incomunicabilidade entre bens", surge a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, com previsão no art. 49-A do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

O art. 49-A do mesmo código, demonstra de maneira clara, a presença da autonomia patrimonial como uma das características principais da personalidade jurídica, de modo que "A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores." Além disso, determina em seu Parágrafo único, que o objetivo principal dessa ficção jurídica, é ser instrumento de desenvolvimento social de geração de renda, empregos e tributação, que só deverá ser utilizado em benefício da sociedade. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

(BRASIL, 2002).

Desse modo, pode se afirmar que pessoa jurídica é uma ficção criada pela nossa legislação, que em regra, de acordo com o princípio da responsabilidade patrimonial que institui o art. 591 CPC, disciplina o seguinte: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”, ou seja, possuem vida própria que independe da vida de seu sócio. A princípio, os bens da pessoa física respondem pelas dívidas da pessoa física, e a pessoa jurídica responde pelas dívidas da pessoa jurídica. Contudo, o art. 790 do Código de Processo Civil, trata de hipóteses em que o bem de uma pessoa pode responder pelo patrimônio de outra pessoa, e uma dessas hipóteses é desconsideração da personalidade jurídica (inc. VII).

Sublinha Fábio Ulhôa Coelho (1994) acerca do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, a saber:

> ...o instituto da pessoa jurídica, e especialmente o princípio da autonomia patrimonial, representam elementos típicos de um Direito inserido no sistema de livre iniciativa", de importância basilar para a ordem jurídica do capitalismo. Todavia, essa autonomia patrimonial pode "dar ensejo à realização de fraudes, em prejuízo de credores ou de objetivo fixado por lei". Em tais casos, a teoria da desconsideração suspende a eficácia episódica do ato constitutivo da pessoa jurídica, para fins de responsabilizar direta e pessoalmente aquele que perpetrou um ato fraudulento ou abusivo de sua autonomia patrimonial.

Diante das considerações autorais, podemos concluir que a personalidade jurídica, quando utilizada corretamente, torna-se um “escudo” de proteção que auxilia o empreendedor, separando seus bens pessoais dos bens de sua empresa. No entanto, como expõe Ulhôa Coelho (1994) no trecho acima, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica pode dar ensejo a fraudes e abusos, trazendo desse modo, a desconsideração da personalidade jurídica como forma de garantir a responsabilização por esses atos.

## 2.1 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Evidentemente, a pessoa jurídica existe e deve ser usada como um instrumento importantíssimo para a economia de uma maneira geral, todavia, é indecoroso que seja utilizada de maneira errônea por parte de seus representantes.

Como todos os outros, a autonomia patrimonial não é um princípio absoluto. Conforme alude Ulhôa Coelho (1994) nas palavras já citadas no tópico anterior, "em

tais casos, a teoria da desconsideração suspende a eficácia episódica do ato constitutivo da pessoa jurídica, para fins de responsabilizar diretamente aquele que perpetrou um ato fraudulento ou abusivo de sua autonomia patrimonial".

Para melhor entender a função do instituto, interessante se faz expor, também, a desconsideração da personalidade jurídica conforme as palavras simplistas de Menezes Cordeiro (2000, p.160): "O levantamento destina-se, precisamente, a evitar que, a coberto da personalidade coletiva, os agentes possam, contra o sistema, contornar situações de responsabilidade que lhes seriam imputáveis".

Neste passo, conforme entendem os autores trazidos, a finalidade do supracitado instituto é impedir que a personalidade jurídica seja utilizada indevidamente como fachada para acobertar os sócios de práticas fraudulentas ou abusivas, que se desviem claramente dos objetivos da sociedade e causam lesão a terceiros.

O fato de a pessoa jurídica ser um conceito jurídico, permite que o Direito afaste essa ficção sempre que ela for utilizada em contrariedade com o próprio Direito.
Se uma pessoa jurídica, que legalmente deve possuir uma separação patrimonial com seu sócio, utilizar-se desse instituto pra prejudicar seus credores, desvinculando-se dos objetivos legais que são gerar empregos, tributação, e renda, poderá responder com a integralidade de seu patrimônio.

Para melhor expor o conceito e a teoria em apreço, o REsp n.° 1.259.020/SP sintetiza a evolução cronológica da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, sem a necessidade de maiores delongas (STJ, 2011).

> A desconsideração da personalidade jurídica é técnica desenvolvida pela doutrina diante de uma demanda social, nascida da praxis, e justamente com base nisso foi acolhida pela jurisprudência e pela legislação nacional. Como sói ocorrer nas situações em que a jurisprudência vem dar resposta a um anseio social, encontrando novos mecanismos para a atuação do direito, referida técnica tem de se encontrar em constante evolução para acompanhar todas as mutações do tecido social e coibir, de maneira eficaz, todas as novas formas de fraude mediante abuso da personalidade jurídica.

No Brasil, como assinala o julgado acima, a "*disregard doctrine*" (doutrina da desconsideração da personalidade jurídica), importada do direito anglo-saxão, se justifica em uma lenta evolução jurisprudencial, ganhando assentamento no ordenamento jurídico brasileiro em 1990 quando tipificado pelo Código de Defesa do Consumidor e posteriormente no Código Civil de 2002.

Desta feita, a doutrina brasileira dividiu a desconsideração em duas teorias: a teoria menor que admite ser desconsiderada a personalidade jurídica quando ela for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor (adotada pelo CDC e pelo Código Ambiental), e a teoria maior que exige a presença do abuso caracterizado pela confusão patrimonial ou o desvio de finalidade (adotada pelo Código Civil).

Segundo a Ministra Nancy, no REsp n.º 1.325.663/SP (STJ, 2013):

> A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 50 do CC/2002, consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.

Todavia, como podemos observar nas palavras da Ministra Nancy, o assunto em apreço deixou de ser mera "teoria" para encontrar respaldo na legislação, sendo acolhida pelo direito positivo em seus reais contornos, incluindo o art. 50 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), um dos principais pilares da presente pesquisa.

## 2.2 DA ANÁLISE DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL

O art. 50 do Código Civil (BRASIL, 2002), modificado pela Lei da Liberdade Econômica, a Lei n.º 13.874/2019, regulou soluções já utilizadas antes pela jurisprudência, trazendo indicadores extremamente objetivos, que visam um maior controle da desconsideração da personalidade jurídica.

Em tempos recentes, a legislação vigente não trazia esse detalhamento que hoje o §1° do art. 50 do Código Civil traz. Houve uma alteração na legislação no início do ano de 2019, por força de uma medida provisória que foi mantida em lei.

Antes da referida alteração do art. 50 do CC, não estava contido em seu texto os requisitos da "confusão patrimonial" e do "desvio de finalidade", porém, já eram requisitos utilizados pela jurisprudência brasileira há vários anos. Assim, houve a sistematização dessas jurisprudências e posterior inclusão na legislação civil vigente.

Acerca do presente instituto, o art. 50, CC, estabelece (BRASIL, 2002):

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)
> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
> § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
> II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
> III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
> § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
> § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
> § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

De acordo com o artigo que tipifica o presente instituto, para que haja o afastamento da autonomia patrimonial, estendendo os efeitos das obrigações contraídas pela pessoa jurídica ao patrimônio de sócios e administradores, o Código Civil exige que estejam presentes os requisitos da confusão patrimonial ou do desvio de finalidade.

Quando se refere ao § 2º do art. 50, os casos em que se tem "maior" incidência da confusão patrimonial no direito brasileiro, são os que se configuram a ausência da separação de fato entre patrimônio da pessoa física e da pessoa jurídica, caracterizados pelo cumprimento repetitivo de obrigação pessoal do sócio através da sociedade. Além disso, outra hipótese prevista em lei, é quando há a transferência de ativos ou passivos sem a devida contraprestação, exceto quando os valores são considerados insignificantes.

Outrossim, uma hipótese mais aberta da confusão patrimonial se dá quando configurados outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial, dispositivo

este que traz extrema abrangência, devida a abertura deixada pela legislação, podendo ser, de forma mais ampla, adequado ao caso concreto, desde que evidenciado e fundamentado no ato a falta da autonomia patrimonial.

O desvio de finalidade, por sua vez, vai ocorrer quando a pessoa jurídica praticar qualquer ato de natureza ilícito, seja ele contratual, extracontratual, mas necessariamente doloso. Incide comumente nos casos em que há fraude contra credores, onde dolosamente uma pessoa jurídica investida de sua autonomia patrimonial, lesa aquele credor que tem o direito de receber seu débito.

Todavia, vale ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica, apesar da objetividade do art. 50 do Código Civil, é considerada uma medida excepcional. Ou seja, mesmo diante de uma suposta "modernização" dos entendimentos jurisprudenciais, os tribunais brasileiros ainda entendem que o incidente só poderá ser deferido pelo juiz após comprovados os requisitos, e, após o requerente ter apurado a penhora por todos os meios juridicamente possíveis sem lograr êxito.

O Enunciado 146 da Justiça Federal (JUSTIÇA FEDERAL, 2018), é um auxiliar de interpretação para os operadores do direito, o qual indica que a interpretação da desconsideração da personalidade deve ser restritiva, conforme se vê: "Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica, previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)".

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça revelou tal entendimento excepcional do dispositivo ao editar a Súmula n° 7, AREsp 1789298/MS (STJ, 2021), *in verbis*:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL.REQUISITOS. AUSÊNCIA. REEXAME. FUNDAMENTOS. SÚMULA Nº 7/STJ.
> 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
> 2. O Superior Tribunal de Justiça entende que a desconsideração da personalidade jurídica a partir da Teoria Maior (art. 50 do Código Civil) exige a comprovação de abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pelo que a mera inexistência de bens penhoráveis ou o eventual encerramento irregular das atividades da empresa não justifica o deferimento de tal medida excepcional.
> 3. Na hipótese, rever as conclusões das instâncias ordinárias quanto ao preenchimento dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa demandaria a análise de fatos e provas da causa, o que

> atrai a incidência da Súmula nº 7/STJ.
> 4. Agravo interno não provido.

É certo que, a simples inexistência de bens e valores em nome do executado ou mesmo o encerramento das atividades regulares, por si só, não ensejam que essa medida restrita e excepcional seja aplicada. Os tribunais majoritários brasileiros, por serem amplamente cautelosos com as questões patrimoniais, entendem que as personalidades jurídicas podem simplesmente falir sem que estejam presentes a má-fé e o abuso dos sócios.

Na prática, lamentavelmente, ainda se encontra uma extrema dificuldade de comprovar a presença dos requisitos necessários para sua aplicação, fator que contribui para sua reduzida aplicação.

Para comprovar tais requisitos, a parte interessada poderá pedir no próprio curso da execução ou, se for o caso, adentrar com uma ação cautelar preparatória, solicitando que o juiz busque e exiba o extrato de movimentação financeira da personalidade jurídica requerida, através dos bancos de dados ao qual este tem acesso pela natureza de sua função. O referido pedido no curso do processo ou a ação cautelar preparatória, deverá ser bem fundamentado, expondo detalhadamente quais razões que conduziram ao pedido.

Reconhecidos em juízo os requisitos característicos do abuso trazidos pelo Código Civil, o juiz poderá, a requerimento dos sujeitos aptos e interessados, desconsiderar a personalidade jurídica, para alcançar o patrimônio daquele que cometeu o ato.

## 3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SUA FORMA INVERSA

A desconsideração da personalidade jurídica em sua forma inversa é tipificada pelo mesmo art. 50 do Código Civil, em seu parágrafo 3°, determinando que "O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à", ou seja, pode-se dizer que o disposto no art. 50 também se aplica de modo contrário, ao invés de desconsiderar a personalidade jurídica que cometeu abuso para alcançar o patrimônio de seu sócio, na inversa, o executado será a pessoa física que contraiu dívidas, mas esvazia seu

patrimônio pessoal o integralizando em sua pessoa jurídica (BRASIL, 2002).

A desconsideração inversa, vem de uma interpretação teleológica da norma que trouxe tal possibilidade de modo a permitir a responsabilização da pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador, questão que já era utilizada na jurisprudência antes de ser positivada pelo Código Civil.

No entanto, assim como a desconsideração em sua forma própria, a desconsideração inversa é uma medida excepcional que enseja para sua aplicação a presença de todos os requisitos previstos em lei. Quanto ao caráter restritivo de seu dispositivo, o entendimento majoritário entre os tribunais é claro quanto as modalidades de desconsideração no Direito Civil, conforme se vê do REsp n.º 1647362/SP (STJ, 2017):

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. OCULTAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SÓCIO. INDÍCIOS DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INCIDENTE PROCESSUAL. A personalidade jurídica e a separação patrimonial são véus que devem proteger o patrimônio dos sócios ou da sociedade, reciprocamente, na justa medida da finalidade para a qual a sociedade se propõe a existir. Com a desconsideração inversa da personalidade jurídica, busca-se impedir a prática de transferência de bens pelo sócio para a pessoa jurídica sobre a qual detém controle, afastando-se momentaneamente o manto fictício que separa o sócio da sociedade para buscar o patrimônio que, embora conste no nome da sociedade, na realidade, pertence ao sócio fraudador. Na hipótese em exame, a recorrente conseguiu demonstrar indícios de que o recorrido seria sócio e de que teria transferido seu patrimônio para a sociedade de modo a ocultar seus bens do alcance de seus credores, o que possibilita o recebimento do incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica que, pelo princípio do tempus regit actum, deve seguir o rito estabelecido no CPC. Recurso especial conhecido eprovido.

A desconsideração inversa pode ser justificada em hipótese de subcapitalização de empresa, realizada pelos sócios, com o intuito de contratar e limitar futuras responsabilidades da pessoa jurídica, como em casos onde se constitui capital manifestamente insuficiente para o desenvolvimento da atividade da empresa que o sócio está a exercer abusivamente sua posição jurídica. O Enunciado 283[3] da Jornada de Direito Civil (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2006), trouxe indicadores bem pertinentes de como se dá a desconsideração inversa, bem como seus requisitos e características. Assim, no julgamento do REsp n.º 948.117, o Superior Tribunal de Justiça concluiu por uma interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil (STJ,

[3] Enunciado 283: É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.

2010):

> Processual Civil e Civil. Execução de Título Judicial. Art. 50 DO CC/02. Desconsideração da Personalidade Jurídica Inversa. Possibilidade. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.

Portanto, tem-se a desconsideração inversa como uma modalidade da desconsideração da personalidade jurídica própria, estudada no capítulo anterior do trabalho, com iguais procedimentos e reguladas pelo mesmo dispositivo legal, a única diferença se dá no fato de, na inversa, a executada ser a pessoa física que esconde seu patrimônio pessoal por trás da autonomia patrimonial de sua personalidade jurídica, seja cometendo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

## 3.1 APLICAÇÃO DO INCIDENTE À LUZ DO CPC/2015

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma novidade do novo Código de Processo Civil, onde se viu pela primeira vez a sistematização do procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em um código de processual, listando seus padrões e contornos legais. Não é novidade, visto que o instituto já era discutido e aplicado desde os anos 90. O que o Código de Processo Civil fez, não só este, mas de todos os ramos do direito processual que viram a necessidade da utilização instituto, foi trazer uma sistematização processual de mecanismos já aplicados antes pela jurisprudência.

Dessa forma, o Código tratou do incidente como uma hipótese de intervenção de terceiros, juntamente ao chamamento ao processo, denunciação a lide e amicus curiae, fator que demonstra que a natureza do incidente se constitui em uma hipótese de ampliação subjetiva da demanda.

Tal incidente, está disposto nos arts. 133 a 137 do CPC. De acordo com estes

dispositivos, apesar de se permitir que o pedido de desconsideração da personalidade seja formulado junto a inicial, preferencialmente, ele deverá ser resolvido incidentalmente, isto é, dessa resolução depende o julgamento de mérito e, portanto, deverá ser resolvida como principal de mérito e não incidental, como dispõe o art. 503, caput, CPC/2015. Além disso, o § 3° do art. 134 do CPC, determina que se deferido o incidente, serão suspensas as questões do processo inerentes ao incidente, salvo se requerido o pedido junto a petição inicial (BRASIL, 2015). No mesmo sentido, é que o julgamento do REsp n.º 907915/SP se assenta:

> [...] A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente. No caso, o reconhecimento da confusão patrimonial é absolutamente contraditório com a pretendida citação das demais sociedades, pois, ou bem se determina a citação de todas as empresas atingidas pela penhora, ou bem se reconhecer confusão patrimonial e se afirma que se trata, na prática, de pessoa jurídica única, bastando, por isso uma única citação. Havendo o reconhecimento da confusão, descabe a segunda providência.

Desse modo, quando preenchidos os requisitos legais, se consumará em um de redirecionamento da execução transformada no verdadeiro incidente processual. A presente questão, irá a permitir que os sócios ou administradores da pessoa jurídica, sejam citados em nome próprio para que, ao longo do processo que já está em curso, seja apurado materialmente a eventual indevida utilização da pessoa jurídica.

Esse redirecionamento depende por completo de sua instauração, tanto que, o juiz entendendo que a hipótese é de mau uso da personalidade jurídica, o sócio ou administrador responderá pela dívida e, além disso, as eventuais alienações de patrimônio realizadas após a citação da pessoa jurídica, serão consideradas fraude à execução.

Tal incidente será acolhido ou rejeitado por uma decisão interlocutória, considerada decisão de mérito, desafiando o recurso do agravo de instrumento e, além disso, sujeita a ação rescisória. Em todas as modalidades que dispõe no Código Civil, o incidente promoverá a supressão do benefício da limitação da responsabilidade da pessoa jurídica.

Em última análise, o incidente tratado vai viabilizar, portanto, uma maior efetividade e um melhor resultado prático para todo o processo.

## 3.2 A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS À LUZ DO CPC

No ordenamento jurídico brasileiro, a execução de alimentos pode ser fundada em título executivo extrajudicial ou título executivo judicial. O segundo é essencial para se chegar à conclusão do presente artigo, haja vista que a execução de alimentos fixados por títulos judiciais, a partir da adoção do processo sincrético, passou a ocorrer através do cumprimento de sentença.

Cabe ressaltar, inicialmente, acerca deste importante tópico, que a Constituição Federal em seu art. 5°, inc. LXVII, determina que não haverá prisão civil por dívidas, exceto dívidas de natureza alimentar (BRASIL, 1988). Com isso, percebe-se o quão importante e delicado se torna falar sobre os alimentos, no entanto, em se tratando o cumprimento de sentença de assunto atinente ao direito processual, analisar-se-á, principalmente, as questões inerentes ao direito processual.

O cumprimento de sentença previsto no art. 528 ao 533 do CPC, poderá ser instaurado para exigir dívidas alimentícias fixadas pela justiça em sentenças/homologação de acordo (cumprimento definitivo), ou por decisões interlocutórias que geralmente se dão por ocasião das tutelas antecipadas, visando a manutenção do alimentante durante o curso do processo (cumprimento provisório). (BRASIL, 2015)

Desse modo, dentro do cumprimento de sentença alimentício, existem duas modalidades de cobrança: a cobrança do débito sob pena de prisão civil e a que ocorre sob pena de expropriação. O primeiro rito (meio de execução coercitiva) permite a cobrança apenas das últimas três parcelas vincendas não pagas e as parcelas que se vencerem durante a execução. Fato é que a prisão civil nem sempre ocorrerá, visto que o cerceamento do direito de liberdade constitui-se em medida excepcional e poderá até mesmo dificultar o recebimento das prestações em atraso. Ainda, o executado terá três dias após ser intimado (intimação pessoal), para quitar o débito ou justificar o que levou a impossibilidade, todavia, caso seja efetuada a prisão, ela será revogada com o pagamento do débito. Somente a comprovação, de fato, do que gerou a impossibilidade absoluta de não pagar, justifica o não pagamento.

Caso a prisão não seja efetuada, o juiz poderá protestar o pronunciamento judicial, para que sirva como uma medida de correção que force o executado a pagar. Vale lembrar, que o desemprego não justifica o não pagamento da obrigação, restando

como a única possibilidade ao demandado, o pedido de revisão da pensão que, enquanto não fixado em decisão judicial, deverá ser efetivada a obrigação constante no título judicial válido.

Nas execuções alimentares em que forem decretadas a prisão do devedor, a pena será cumprida em regime fechado, devendo os reclusos por este dispositivo, ficar em celas separadas dos presos comuns. No que tange a essa questão, a legislação visa a proteção da integridade desses indivíduos, fazendo com que no sistema prisional, se tenham celas específicas para devedores de alimentos.

A cobrança de alimentos pelo rito da penhora, no que lhe concerne, permite a cobrança dos últimos 2 (dois) anos vincendos e recai sob os bens e valores do executado, no quanto que quite o débito exequendo. Neste caso, o executado será intimado para pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, e, caso não venha a cumprir a obrigação, será acrescido ao débito uma multa de 10% e a mesma porcentagem de honorários advocatícios, sendo expedido o mandado de penhora em seguida dos atos de expropriação.

Quando o executado for funcionário público, militar ou empregado, o exequente poderá solicitar, que o juiz remeta um oficio a autoridade pública ou a empresa empregadora do executado, solicitando o desconto em folha a partir da primeira remuneração posterior ao recebimento do ofício, sob pena do crime de desobediência em caso de descumprimento.

Relevante se faz citar, também, que o Código não permite a cumulação dos dois ritos em um mesmo pedido, no entanto permite adentrar com duas execuções para cobrar diferentes verbas, por diferentes ritos, como por exemplo, cobrança de alimentos vencidas dos últimos dois anos que não foram pagos, e o rito da prisão para cobrar os últimos três meses e as que se vencerem durante o curso da execução. Caso o executado não seja encontrado, poderá a parte, solicitar a conversão do rito da prisão, para o rito da expropriação, por meio de uma simples alteração da petição.

É comum e recorrente que os executados tentem esquivar-se da justiça, demonstrando total inércia para arcar com a dívida exequenda, muitas vezes utilizando-se de suas personalidades jurídicas como uma cortina para esconder uma ausência de autonomia entre o patrimônio da pessoa física e da pessoa jurídica, fator este que acabou por provocar a aceitação positiva à utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica nos tribunais brasileiros, sobretudo em sua

forma inversa, como um importante instrumento de satisfação de dívidas desta natureza.

Neste esteio, é prudente perceber que o fim a ser alcançado, no caso, a perpetração dos alimentos, urge de medidas efetivas que assegurem o caminho executivo a ser traçado, desvencilhando qualquer tipo de óbice colocado pelos executados na tentativa de se esquivar da obrigação. Para além disso, é necessário entender a sensibilidade relacionada ao tema alimentício, o qual em sua maioria instaurando com o fim de assistir filhos menores de idade e que não possuem o provimento necessário por parte dos responsáveis pela tutela.

Há uma carga valorativa substancial no que se refere a essa temática, trazendo para o meio executivo não somente nuances jurídicas exclusivamente procedimentais, mas, sim, um conjunto de desideratos sociais que são revelados a partir do bem da vida.

Dessa forma, institutos que proporcionem a abertura de um caminho sólido para a obtenção dos alimentos são tidos como ferramentas de efetivação da tutela jurisdicional, trazendo de forma clarividente o acesso dos filhos a um direito que lhes é garantido.

Neste sentido, é prudente entender a execução alimentícia como um caminho a ser traçado pelo filho (a) para que seja assegurado a sua manutenção digna. Urgem dessa fase processual medidas efetivas que aplanem o caminho ao bem da vida, trazendo celeridade e robustez ao asseguramento das garantias constitucionais.

Por fim, é notável fixar que a própria mater legis em seu art. 6° preconiza a oferta de alimentos como um direito inalienável e irrevogável, não podendo ser alterado inclusive por emendas à própria Constituição. Não por acaso, tal regulamentação revela os argumentos trazidos de que a ação alimentícia possui uma carga axiológica notável, ao passo que trata de temáticas para além dos alimentos, mas, sim, de educação, vestuário, saúde e outras esferas.

Seja fixado, portanto, que para além dos limites jurídicos o ordenamento jurídico brasileiro se ocupou de tutelar o direito aos alimentos e trazer ferramentas assecuratórias a este instituto, porquanto trouxe meios executivos mais céleres e efetivos na busca da efetivação do bem da vida – levando em consideração a sua relevância social e, em muitas vezes, urgência.

## 4 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE NATUREZA ALIMENTAR

Como se sabe, a sociedade humana está em constante evolução, a cada fração de tempo que se passa, os costumes, fatores econômicos, conceitos, cultura e todas as outras questões sociais consequentemente estão evoluindo na mesma constância, cabendo assim, ao Poder Judiciário e ao ordenamento jurídico, adequar- se as novas necessidades.

Neste mesmo passo, evoluem a maldade e os mecanismos do ser humano para esquivar-se de suas responsabilidades, sendo corriqueira a propagação de fraudes, principalmente, devido ao "escudo" oferecido pela autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. Mecanismos que, sobretudo, passaram-se a ser utilizados para escusar-se de um dos direitos mais sagrados e fundamentais para dignidade humana, o direito que trata da vida e da subsistência: o direito ao alimento.

Por oportuno vale ressaltar que, no direito brasileiro, a única causa de prisão civil admitida pelo ordenamento jurídico, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter considerado como uma medida excepcional que só poderá ser aplicada depois de utilizados os demais meios executivos da obrigação, é a prisão do genitor por descumprimento da obrigação alimentícia.

Contudo, ainda não existia no Código Civil nenhuma disposição legal que coibisse o mal uso da personalidade jurídica no direito de família. Assim, a desconsideração inversa da personalidade jurídica foi inicialmente comentada pela doutrina, posteriormente adotada pela jurisprudência e, de acordo com as necessidades da sociedade que vieram a surgir, foi positivada pelo Código de Processo Civil, em seu art. 133, § 2°, e pelo Código Civil, no parágrafo § 3º do art. 50. Os entendimentos são unânimes entre os tribunais de justiça brasileiros quanto as questões que já se expôs nos tópicos anteriores:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA - NÃO COMPROVAÇÃO PELO AGRAVANTE DA CONDIÇÃO DE SÓCIO DO AGRAVADO - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa é uma inovação da doutrina utilizada estritamente no direito de família e sucessão. A referida teoria possibilita que a empresa não devedora, responda pelas obrigações particulares de seus sócios. Assim como a teoria da desconsideração prevista no artigo 50 do CPC, essa também prevê como requisitos para a sua aplicação a

> existência de bens pessoais suficientes para quitar o débito, além de prova de abuso da personalidade jurídica configurada pelo desvio de finalidade e pela confusão patrimonial. Não logrando o agravante provar sequer a condição de sócio do agravado, torna impossível analisar os requisitos autorizadores, tampouco aplicar a referida teoria[4].

Logo, a desconsideração inversa da personalidade jurídica passou a ser utilizada como uma importante ferramenta processual de efetivação dos direitos alimentares contra aqueles genitores que tem condições de arcar com os alimentos, mas esquivam-se de cumprir com a obrigação, encobrindo seu patrimônio pessoal por trás do véu de sua empresa. Sua utilização se justifica pela disseminação do uso indevido da personalidade jurídica que também passou a atingir essa questão tão primordial.

Necessário lembrar ainda que, o Código Civil, diferentemente do CDC que adotou a teoria menor da desconsideração, adotou a teoria maior da desconsideração a qual exige para a instauração do incidente o abuso da personalidade jurídica, que requer o desvio de finalidade ou confusão patrimonial para que seja caracterizada. Ambas as teorias buscam o mesmo objetivo, contudo, diferem-se em seus requisitos. Questão extremamente contraditória, haja vista que, o presente artigo trata da desconsideração inversa aplicada ao direito mais essencial ao ser humano, o único direito presente no ordenamento jurídico pelo qual o Estado obriga o devedor a pagar por meio da prisão civil.

É controverso que a teoria menor seja utilizada para coibir práticas consumeristas e ambientais, e por outro lado, o Código Civil, que se utiliza da teoria maior, exija requisitos que, na maioria das vezes, terminam por impedir ou atrasar, uma melhor efetividade dos direitos, especialmente na importante questão do inadimplemento de obrigação alimentar.

Apesar disso, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em sua forma invertida vem sendo disseminado no meio jurídico brasileiro, e, acima de tudo, ressalta-se sua importância no cumprimento de sentença de natureza alimentar, que traz aos casos em que estão presentes a utilização fraudulenta da pessoa jurídica para esquiva-se de obrigações alimentares oriundas de títulos executivos judiciais, uma maior amplitude de possibilidades como alcançar aquele que tentou se eximir por

[4] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AI: 10051100007908001 Bambuí. Relator: DesembargadorArmando Freire, Câmaras Cíveis Isoladas. Minas Gerais, 20 de maio de 2011. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943372855/agravo-de-instrumento-cv-ai-10051100007908001- bambui. Acesso em: 28 out. 2021.

trás do véu de sua sociedade, fazendo dela uma mera fachada.

Os julgados a seguir demonstrados, trazem de maneira evidente, a aplicação prática da desconsideração inversa da personalidade jurídica e sua incidência positiva no instituto dos alimentos.

> AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. ALIMENTOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ACOLHIMENTO. REQUISITOS CONFIGURADOS. DECISÃO MANTIDA. Havendo a demonstração de que patrimônio do executado, devedor de alimentos, confunde-se com o da empresa que titulariza, cabível a desconstituição inversa da personalidade jurídica, reconhecida no competente incidente, conforme o art. 133, § 2º, do CPC, a fim de que a pessoa jurídica responda por dívida da pessoa física do alimentante, configurada hipótese do art. 50 do CC. Hipótese em que os pró-labores, rendimentos declarados em IRPF e ínfima quantia encontrada em conta do devedor via BACENJUD são incompatíveis com seu padrão de vida, verificando-se pagamento de alimentos por transferência bancária da pessoa jurídica, demonstrando a confusão patrimonial entre pessoa jurídica e pessoa física, realizadas diversas alterações societárias das empresas de que é sócio, revelando o intento de proteger patrimônio particular, permitindo-se, em face disto, a responsabilização da empresa por débito alimentar. Precedentes do STJ e TJRS. Agravo interno desprovido[5].

É comum no judiciário brasileiro que a justiça seja provocada para resolver questões de natureza alimentar, em que o poder jurisdicional não consegue obter respostas patrimoniais dos devedores. Mas que, por outro lado, estes mesmos devedores parecem ostentar uma vida que não é conivente com a vida que declaram ter. Tem-se o fato, ainda, da prisão ser uma medida pouco eficaz quando se pretende obter resposta superior a estipulada na lei, nesse sentido, expõe o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

> 0018411-62.2018.8.19.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa Des(a). FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA - Julgamento: 25/07/2018 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. COMPROVAÇÃO DE RENDIMENTOS FRAUDULENTA PELO DEVEDOR DE ALIMENTOS. PENHORA EM DECORRÊNCIA DA RELAÇÃO SOCIETÁRIA E NÃO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL. Agravo de instrumento interposto, por ex-cônjuge de devedor de alimentos, de decisão que indeferiu o pedido de exclusão dos bens da agravante da ação de execução de alimentos ajuizada pela primeira agravada em face do segundo. 1. O fato de a agravante ter se divorciado do agravado não se presta a elidir sua responsabilidade social, uma vez reconhecida em juízo a sociedade de fato entre ambos. 2. Agravante que está sendo privada de seus bens em razão da relação societária que mantém com

[5] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AI: 50790420820208217000/RS. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Sétima Câmara Cível. Rio Grande do Sul, 24 de março de 2021. **Dje**. 24 de março de 2021.

> seu ex-cônjuge. 3. Recurso ao qual se nega provimento[6].

Nestes casos, quando houver a possibilidade de enquadrar o art. 50 do Código Civil no caso concreto, haverá, consequentemente a satisfação da dívida, possibilitando que o direito ao alimento seja consagrado.

> DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Alimentos - Fixação - Alimentante que integra o quadro societário das agravadas - Medida possível, desde que presentes os requisitos legais - Necessidade de demonstração da ocorrência de um dos requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil - Hipóteses não configuradas no presente caso - Ademais, demonstrada a capacidade financeira do alimentante, não se justifica a desconsideração inversa da personalidade jurídica - Varão que possui renda declarada suficiente para arcar com a pensão pleiteada, em caso de eventual acolhimento do pedido inicial, em razão dos proventos das empresas e de seu patrimônio pessoal - Decisão mantida neste aspecto. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Incidente resolvido através de decisão interlocutória e não de sentença, a inviabilizar a fixação de honorária sucumbencial - Ausência de previsão acerca da fixação de honorários advocatícios na hipótese de qualquer incidente - Inteligência do artigo 85, § 1º, do Código de Processo Civil - Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça - Decisão reformada em parte - AGRAVO PARCIALMENTEPROVIDO[7].

Por fim, este artigo tratou do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no direito civil brasileiro, onde evidencia-se, sobretudo, a sua modalidade inversa como uma importante ferramenta de satisfação de dívidas de natureza alimentar, desde que, presentes todos os requisitos legais. Por tais motivos, sua discutida aplicação prática vem ganhando uma maior abrangência nos tribunais brasileiros, e, como demonstrado em todos os julgados trazidos, se torna uma grande aliada aos que pleiteiam seus direitos com razões em seu dispositivo.

## 4 CONCLUSÃO

Em via de regra, sempre deve haver a separação patrimonial real entre o sócio e a pessoa jurídica, não sendo cabível a dívida de um ao outro. A problematização da presente pesquisa gira em torno do devedor de alimentos que não possui nenhum

[6] RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. AI: 0018411-62.2018.8.19.0000. Relator: Des(a). Fernando Foch de Lemos Arigony Da Silva, Terceira Câmara Cível. Rio de Janeiro, 25 de julho de 2018. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/processos/187395257/processo-n-0018411-6220188190000-do-tjrj. Acesso em: 01 nov. 2021.

[7] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI: 21377865720208260000 SP 2137786-57.2020.8.26.0000. Relator: Elcio Trujillo, 10ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 06 de outubro de 2020. **Dje**. 07 de outubro de 2020. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943979530/agravo-de-instrumento-ai-21377865720208260000-sp-2137786-5720208260000. Acesso em: 30 out. 2021.

bem em nome de sua pessoa física, acabando por frustrar a satisfação do crédito alimentar.

Ocorre que, em algumas situações, os responsáveis por tal obrigação demonstram à justiça, situação financeira incompatível com o padrão de vida que possuem, sendo, na verdade, comum que se encontre, nesses casos, uma ausência da separação patrimonial dos bens do sócio e da empresa quando, questão que traz a utilização desse incidente como uma maneira de coibir que esses indivíduos, investidos de sua personalidade jurídica, escusem-se do dever legal de pagar alimentos.

Observa-se que sua aplicação pelo Código Civil, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor e da legislação ambiental, é extremamente restrita e excepcional. Na prática, a complexidade para se preencher seus requisitos e a forma demasiadamente rigorosa que a jurisprudência lhe interpreta, são fatores que terminam por limitar, de certa maneira, uma maior disseminação e efetividade do instituto no direito civil brasileiro.

Porém, apesar de todas as dificuldades práticas já citadas, é notório perceber que a desconsideração da personalidade jurídica trouxe ao direito civil brasileiro uma maior efetividade dos direitos do alimentante e, por essa razão, vem sendo positivamente aceito nos tribunais brasileiros, haja vista que fomenta uma ferramenta de desvelamento do patrimônio do executado, proporcionado mais alcance ao bem da vida pleiteado.

Deste modo, há de se consignar que a aplicação precípua do referido instituto traz celeridade à fase executiva alimentar e desconstitui possíveis manobras escusas de ocultação de patrimônio. Tal contribuição é indelével no que se refere à prestação efetiva da tutela jurisdicional, trazendo ao desiderato buscado na ação alimentícia um caminho sólido e adequado.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. **A desconsideração da personalidade jurídicano novo Código de Processo Civil**. RKL advocacia, 2017. Disponível em: https://www.rkladvocacia.com/desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-novo-codigo-de-processo-civil/. Acesso em: 21 set 2021.

BEBER, Jorge Luis Costa. **Alimentos e desconsideração da pessoa jurídica**. SEDEP. Disponível em: https://www.sedep.com.br/artigos/alimentos-e- desconsideracao-da-pessoa-juridica/. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 239. **III Jornadade Direito Civil**. Brasília, 2005. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/239. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessoem: 17 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1325663/SP. Relatora: Ministra:Nancy Andrighi, Terceira Turma. Brasília, 11 de junho de 2013. **Dje**. Brasília, 24 dejunho de 2013. Disponível em:https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23541193/recurso-especial-resp-1325663- sp-2012-0024374-2-stj. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1647362/SP. Relatora: Ministra: Nancy Andrighi, Terceira Turma. Brasília, 03 de agosto de 2017. **Dje**. Brasília, 10 de agosto de 2017. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2017-08-03;1647362-1642371. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 948117/MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Brasília, 22 de junho de 2010. **Dje**. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15661975/recurso-especial-resp-948117-ms-2007-0045262-5/inteiro-teor-15661976. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 907915/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Brasília, 07 de junho de 2011. **Dje**. Brasília, 27 de junho de 2011. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21107103/recurso-especial-resp-907915-sp-2006-0264215-9-stj/inteiro-teor-21107104. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.259.020/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Brasília, 09 de agosto de 2011. **Dje**. Brasília, 28 de agosto de 2011. Disponível em:

https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21309382/recurso-especial-resp-1259020- sp-2010-0134557-7-stj/inteiro-teor-21309384. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 07. A pretensão de simples reexamede prova não enseja recurso especial. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, ano 90, 03 jul 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgInt no AREsp 1789298/MS. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. Distrito Federal, 25 de outubro de 2021. **Dje**. Distrito Federal, 03 de novembro de 2021. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1308797638/agravo-interno-no-agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-agint-no-aresp-1789298-ms-2020-0302009-5. Acesso em: 10 nov. 2021.

Coelho, Fábio Ulhoa. **O empresário e os Direitos do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CORDEIRO, António Menezes. **O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial**. Almedina, 2000.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Banco do Conhecimento/ Jurisprudência/ Pesquisa Selecionada/ Direito de Família**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31836/desconsideracao-personalidade-juridica-execucao-alimentos.pdf. Acesso em: 28 out. 2021.

LIVRAMENTO, Geraldo Aparecido do. **Execução no Novo CPC**. 3. ed. São Paulo:JH Mizuno, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**: revista. atualizada e ampliada. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AI: 10051100007908001 Bambuí. Relator: Desembargador Armando Freire, Câmaras Cíveis Isoladas. Minas Gerais, 20 de maiode 2011. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943372855/agravo-de-instrumento-cv-ai-10051100007908001-bambui. Acesso em: 28 out. 2021.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. AI: 0018411-62.2018.8.19.0000. Relator: Des(a). Fernando Foch de Lemos Arigony Da Silva, Terceira Câmara Cível. Rio de Janeiro, 25 de julho de 2018. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/processos/187395257/processo-n-0018411-6220188190000-do-tjrj. Acesso em: 01 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AI: 50790420820208217000/RS. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Sétima Câmara Cível. Rio Grande do Sul, 24 de março de 2021. **Dje**. 24 de março de 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC n.º 138678 SC 2007.013867-8. Relator:

Desembargador Guilherme Nunes Born, Câmara Especial Regional de Chapecó. Santa Catarina, 12 de setembro de 2011. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20810081/apelacao-civel-ac-138678-sc-2007013867-8-tjsc/inteiro-teor-20916022?ref=amp. Acesso em: 28 out. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI: 21377865720208260000 SP 2137786-57.2020.8.26.0000. Relator: Elcio Trujillo, 10ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 06 de outubro de 2020. **Dje**. 07 de outubro de 2020. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943979530/agravo-de-instrumento-ai-21377865720208260000-sp-2137786-5720208260000. Acesso em: 30 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. Da desconsideração inversa da personalidade jurídica na execução de alimentos**. IBDFAM**, Belo Horizonte, 29 de jul. 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1517/Da+desconsidera%C3%A7%C3%A3o+inversa+da+personalidade+jur%C3%ADdica+na+execu%C3%A7%C3%A3o+de+alimentos#_ftn1. Acesso em: 21 set. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

# A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Richardson Emanoel de Brito Borba[1]
Marco Aurélio de Medeiros Jordão[2]

**RESUMO**

Indivíduo é titular de direitos pela simples condição de ser humano. Essa é a premissa basilar e primária do estudo dos Direitos Humanos, reconhecida internacionalmente. Contudo, a realidade tem nos mostrado que nem todos gozam da qualidade de sujeitos de direitos que lhe é intrínseco. Prova disso são as pessoas em situação de rua que não dispõem de condições mínimas necessárias a uma vida digna e, ainda, são excluídas do desenvolvimento das tomadas de decisões que lhes afetam diretamente. A relevância do estudo se faz evidente tendo em vista que os direitos fundamentais são universais, ou seja, impõe alcance da sua proteção a todas as pessoas, sem quaisquer distinções. Desse modo, o objetivo do presente trabalho é analisar criticamente o ordenamento jurídico dos direitos sociais, e sua efetivação, em relação à população em situação de rua. Trata-se de uma pesquisa desenvolvida por meio do método dedutivo, partindo de análises de quais são e como os Direitos Fundamentais podem ser concretizados para a população em situação de rua e como se encontra estágio atual ordenamento jurídico brasileiro no que tange a efetivação desses direitos da população em situação de rua.

**Palavras-chave:** População em situação de rua. Direitos fundamentais. Efetivação de direitos. Ordenamento jurídico brasileiro.

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: richardsonbritoborba@gmail.com
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.Email: marcojordao@unirn.edu.br

**THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS FOR HOMELESS POPULATION**

**ABSTRACT**

Every individual bears title of rights for the simple condition of being human. This is the basic and fundamental premise of the study of Human Rights, which is internationally known. However, reality has shown us that not everyone. People who live in a street situation without the minimum conditions necessary to a life with dignity and, even then, are excluded from the decision-making development that directly affects them, are proof of that. The relevancy of the study is evident as the fundamental rights are universal, meaning they should cover the protection of all people, with no distinctions. Therefore, the objective of the present work is analyzing critically the legal order of social rights, and its execution, on matters of people without housing. This is a research developed through the deductive method, based on which are the Fundamental Rights and how they can be implemented for street people and what the current state of the Brazilian legal order/system is, in regards to the realization of street people's rights.

**Keywords:** street people. Fundamental Rights. Promotion of human rights. Brazilian legal system/order.

## 1 INTRODUÇÃO

Visto a adoção do sistema capitalista adotado em quase todo o planeta, nossa sociedade é marcada pela desigualdade econômica e social. Mudanças drásticas, como as que ocorreram no cenário econômico, desde a crise econômica mundial de 2008, atingem a vida de milhares de pessoas por todo o mundo, ampliando a desigualdade e o desemprego, desencadeando uma série de fatores que afetam todas as camadas da sociedade.

Este trabalho de Conclusão de Curso (TCC) tem como tema a efetivação dos direitos fundamentais para a População em Situação de rua. A escolha do tema se deu por meio de uma inquietação gerada durante a participação em atividades extra

acadêmicas, as quais tinham o objetivo de entregar alimentos e vestimentas para a população em situação de rua.

O referido trabalho pretende demonstrar a necessidade da efetivação dos direitos fundamentais da população em situação de rua e, além disso, analisar o modo de como ser feita essa efetivação. Ademais, planeja contextualizar a origem da população que vive em situação de rua, bem como elencar as políticas públicas e seus instrumentos para efetivação dos direitos fundamentais da população em situação de rua. Outrossim, Inserir a temática no ambiente acadêmico, com intuito de fomentar o debate nessa esfera.

Para isso, foi feita uma pesquisa de caráter bibliográfico, e documental, havendo uma exploração de livros, artigos, periódicos, jornais e legislações pertencentes ao Direito brasileiro. A pesquisa contara com o método de abordagem dedutivo, por partir de uma análise geral para que se possa chegar a uma conclusão. Além do método dedutivo, conta-se com o método funcionalista de procedimento, o qual visa um estudo de toda sociedade e seus componentes, e com o método histórico, uma vez que abordará como houve a formação da população que vive em situação de rua.

O presente trabalho científico irá abordar o atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito a efetivação dos direitos fundamentais da população em situação de rua. Todo indivíduo é titular de direitos pela simples condição de ser humano. Essa é a premissa basilar e primária do estudo dos Direitos Humanos, reconhecida nacional e internacionalmente.

Contudo, a realidade tem nos mostrado que nem todos gozam da qualidade de sujeitos de direitos que lhe é intrínseco. Prova disso são as pessoas em situação de rua que não dispõem de condições mínimas necessárias a uma vida digna e, ainda, são excluídas do desenvolvimento das tomadas de decisões que lhes afetam diretamente. A relevância do estudo se faz evidente tendo em vista que os direitos fundamentais são universais, ou seja, impõe alcance da sua proteção a todas as pessoas, sem quaisquer distinções. Dito isso, a pesquisa tem a finalidade de realizar uma análise crítica a respeito do estágio atual do ordenamento brasileiro no que tange a efetivação dos direitos fundamentais da população em situação de rua.

## 2 EXCLUSÃO SOCIAL, SOCIEDADE E ECONOMIA

Desde que o Lehman Brothers, um importante banco de investimentos norte-americano, declarou falência no ano de 2008, iniciando uma forte crise mundial, a vida de milhares de pessoas e a padrão econômico de muitos países por todo o mundo mudaram completamente, tendo a posterior recuperação de alguns e permanência de vários outros em um contexto de dificuldade econômica(LIMA, 2015).

Dessa forma, é válido destacar que diante de toda essa turbulência que afeta a economia de vários países e empresas, a riqueza mundial alcançou um novo recorde em 2014, superando a marca de 263 trilhões de dólares, de acordo com dados do relatório da instituição financeira *Credit Suisse* (FOLHA DE SÃO PAULO, 2014).

Ainda segundo o Autor, esses números poderiam ser motivo de uma comemoração, se não fosse pelo fenômeno da concentração de renda, visto que foi constatado que o 1% mais rico da população possui 48,2% de toda riqueza mundial, ficando evidenciado a gigantesca desigualdade social. Ademais, existe um índice usado em todo o mundo para medir a desigualdade, apontando a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos: o Gini. No Brasil, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) divulgada em 2014, o índice Gini – que varia de 0 a 1 – era de 0,496 em 2012, passando a 0495 em 2013, indicando uma clara estagnação, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), órgão realizador da pesquisa.

Com relação ao cenário de desigualdade e pobreza no estado da Paraíba, de acordo com o Atlas de Desenvolvimento Humano, realizada em 2010, 1.089.656 pessoas estavam em estado de pobreza, representando um percentual de 28,93% da população. Ainda de acordo com o estudo supracitado, 504 mil paraibanos viviam em uma pobreza extrema, equivalente a um total de 12,4% dos habitantes do estado. Por meio desses números, podemos ter uma ideia da quantidade de pessoas que encontram-se na pobreza ou extrema pobreza.

De acordo com Lima (2015 apud Bauman 2015), ao discorrer sobre o cenário econômico mundial, o ilustre sociólogo Zygmunt Bauman nos permite perceber um precioso ensinamento no que tange à latente desigualdade econômica no âmbito social. Segundo o sociólogo, libertada das rédeas políticas e das restrições locais, a economia rapidamente cresce e se globaliza, produzindo lacunas de riqueza e renda cada vez mais profundas entre as camadas da população mundial, em melhor e pior dentro de cada sociedade. Ela também é conhecida por lanças pedaços, cada vez

maiores, da população na pobreza, tornando-os evictos de qualquer trabalho reconhecido socialmente.

Introduzidos em um índice de pobreza elencado nos dados acima e em um cenário de completa exclusão social, temos as pessoas em situação de rua como indivíduos que não possuem uma renda fixa e habitam as ruas, seja por motivos econômicos ou outras causas que veremos posteriormente.

## 3 COMPREENDENDO O FENÔMENO DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃODE RUA.

Para que possamos ter uma melhor compreensão do objeto de pesquisa desse trabalho, a efetivação dos direitos fundamentais da população em situação de rua, torna-se necessário abordar algumas informações acerca da população em situação de rua, a qual encontra-se inserida em um contexto social, rodeado por conflitos, desigualdades sociais e outras expressões da questão social, advindas do modo estrutural e organizacional do sistema capitalista.

O fenômeno população em situação de rua se vincula à uma estrutura da sociedade capitalista, possuindo uma multiplicidade de fatores de natureza imediata que o determinam. Atualmente, constitui uma expressão radical da questão social, localiza-se nos grandes centros urbanos, sendo que as pessoas que são atingidas por eles são estigmatizadas e enfrentam um preconceito como marca do grau de dignidade e valor moral atribuído socialmente. É um fenômeno que tem características gerais, entretanto, possui particularidades ligadas ao território em que se manifesta. No Brasil, essas particularidades são definidas claramente. Ainda segundo o autor, há uma tendencia de se naturalizar esse fenômeno, visto a quase inexistência de dados e informações cientificas sobre o mesmo e da inexistência de políticas públicas efetivas para enfrenta-lo (SILVA, 2016).

Dessa forma, podemos perceber que esse fenômeno está intrínseco na sociedade capitalista e é responsável diretamente pelas desigualdades sociais presentes nessa sociedade.

De acordo com relatos e dados colhidos no relatório do primeiro “Encontro Nacional Sobre População em Situação de Rua”, realizado e organizado no ano de 2005 pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome, por meio da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), a caracterização da população em situação de

rua (PSR) ficou definida como:

> Grupo populacional heterogêneo, caracterizado por sua condição de pobreza extrema, pela interrupção ou fragilidade dos vínculos familiares e pela falta de moradia convencional regular. São pessoas compelidas a habitar logradouros públicos (ruas, praças, cemitérios, etc.), áreas degradadas (galpões e prédios abandonados, ruínas, etc.) e, ocasionalmente, utilizar abrigos e albergues para pernoitar (BRASIL,2008b, p. 08).

Dessa forma, a pobreza extrema como um atributo da PSR é observada por Silva (2006) como a condição definida pela não propriedade dos meios de produção e reduzido ou inexistente contato com as riquezas produzidas pela sociedade, seja pela ausência de trabalho ou pelo não acesso a políticas públicas.

Outro fator presente na análise de Silva (2006, p.101) é o rompimento ou fragilização dos vínculos familiares. Segundo a autora, além dos problemas de ordem econômica, existem ainda outros fatores estruturais que podem levar ao rompimento e/ou a fragilização dos vínculos das famílias, tais como as desavenças afetivas, que são fatores ligados à história de vida dos indivíduos, como preconceitos relacionados à determinada orientação sexual, intolerância em situações de uso, dependência e abuso de álcool e entorpecentes.

Ademais, diversos fatores são comumente enumerados como motivadores da existência de pessoas em situação de rua, como fatores biográficos (alcoolismo, doenças mentais, perda dos bens, rompimento de vínculos familiares), fatores estruturais (ausência de moradia, inexistência de trabalho e renda, mudanças econômicas de forte impacto), além de desastres de massa e/ou naturais (terremoto, incêndios, enchentes, etc.). Ainda de acordo com a autora, está claro que se trata de um fenômeno multifacetado que não pode ser explicado por uma única perspectiva, logo, várias são as causas de seir pra rua, assim como múltiplas são as realidades da PSR.

Sendo assim, muitas vezes a família pode ser, para o indivíduo, um sinônimo de segurança, proteção, apoio, refúgio e afeto, mas também pode representar divergências, inseguranças, discordâncias e conflitos.

Outro autor que também aborda o rompimento e fragilização dos vínculos familiares como um dos aspectos da PSR é Rosa (2005). A autora explana que os processos de natureza econômica se constituem como um dos fatores responsáveis pelo rompimento e pela permanência temporária ou duradoura de tal situação.

Explica, também, que existem vários outros fatores que perpassam a trajetória de vida do ser humano e que podem levá-lo a uma precarização dosvínculos familiares.

Por conseguinte, a última característica a ser analisada refere-se à inexistência de moradia convencional regular que, segundo silva (2006, p. 102):

> [...] associada às demais condições conduzem a utilização dos logradouros públicos como ruas, praças, jardins, canteiros, marquises e baixos de viadutos ou áreas degradadas, ou seja, galpões e prédios abandonados, ruínas, carcaças de caminhão ou, ainda, redes de acolhida temporária mantidas por instituições públicas ou privadas, sem fins lucrativos, como espaço de moradia e sustento, por contingência temporária ou de forma permanente.

Essa parcela da população, a PSR, possui em comum a garantia de sobrevivência por meio de atividades desenvolvidas nas ruas. Caracteriza-se pela utilização de logradouros públicos (praças, canteiros, jardins, viadutos) e áreas degradadas (prédios abandonados, ruinas) como espaço de moraria e sustento, temporária ou permanente, bem como unidades de serviços de acolhimento para pernoite ou de moradia provisória.

É válido ressaltar que um dos reflexos do intenso processo de exclusão social é que, em razão da ocupação do solo urbano estar baseada na lógica capitalista de apropriação privada do espaço, mediante pagamento, a PSR não possui renda suficiente para conseguir espaços propícios para a habilitação. Por não ter alternativas, esta população se utiliza das ruas da cidade como moradia. Além do mais, a PSR também não se enquadra no atual modelo econômico, que exige do trabalhador uma qualificação profissional.

Rosa (2005) afirma que um dos fatores do rompimento seria a busca por emprego, ou seja, a procura dos indivíduos por trabalhos em outras cidades, regiões ou até mesmo países, em busca de esperança de condições melhores de vida – e que, infelizmente, nem sempre é uma realidade alcançada.

Ao não conseguirem trabalho, e estabilizarem-se em situação de rua, alguns indivíduos sentem o desejo de restabelecer seus vínculos familiares, mas o sentimento de vergonha, humilhação e fracasso acabam sobressaindo e os impede de retomar os vínculos, se reaproximando de amigos antigos e familiares.

Na sociedade capitalista, o trabalho funciona como o eixo principal da sociedade e é compreendido como a base da produção da riqueza. De acordo com Assis (2010 apud Marx), Marx propõe, por meio de seu Materialismo Histórico

Dialético, que os homens não seriam meros seres contemplativos do mundo.

Para Marx, o modo de produção capitalista é sustentado por inúmeras contradições, dadas principalmente no plano das classes sociais. Estas são a burguesia, como classe detentora dos meios de produção, ou seja, dominante; e o proletariado, que tem o trabalho como a única fonte de riqueza, tendo que vender para sobreviver. Dessa forma, é por meio do trabalho que se adquire os meios de subsistência do próprio indivíduo e de sua família, e sem ele, as necessidades básicas e característicos a qualquer ser humano, tornam-se ausentes.

Em síntese, o trabalho está vinculado à construção da identidade do sujeito e de suas relações sociais, visto sua simbologia em nossa sociedade. Portanto, está em gozo das atividades laborativas é entendido como um viés de dignidade social. A sociedade reproduz a ideia de que o ser humano só é detentor de direito, reconhecido na sociedade e digno de respeito, se trabalhar, porém, sabe-se que o indivíduo que encontra-se em situação de rua não tem as mesmas condições de conseguir um emprego registrado, pois, independentemente de suas competências, existe um preconceito arraigado socialmente que o afasta das premissas necessárias para se adequar na sociedade.

## 4 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA IMAGEM DA PESSOA EM SITUAÇÃODE RUA

É notável que o número de pessoas em situação de rua, no Brasil, aumentou e aumenta gradativamente nos grandes centros urbanos, uma vez que o capitalismo impõe a ideia de que o indivíduo que não gera renda, não consome, passa a ser cada vez mais excluído da sociedade, fazendo com que isso aumente o número de PSR no país.

Tendo em vista esse crescimento exponencial no número de indivíduos em situação de rua, é perceptível que esse fato não passa ausente diante das mídias, das autoridades e de toda a população do país. A consequência que esse fenômeno tem provocado na sociedade é a produção de um pensamento errôneo com relação a PSR. Para Rodrigues (2016), a pessoa que encontra-se em situação de rua é retratado, grande parte das vezes, como alguém sujo, sem dignidade, como alguém que oferece riscos à sociedade e, por isso, devem ser excluídos e contidos por forças policiais. Contudo, ao mesmo tempo, esses indivíduos são tratados como pessoas fracas e

debilitadas.

Ainda de acordo com o autor, são em circunstancias como essa que os mitos com relação a PSR surgem. Esses mitos são construídos para servir como tipificação de um ser humano fraco, inferior aos demais, na tentativa de impor uma submissão que vai além das classes, que fabrica uma imagem desses indivíduos sempre ligada a uma condição de criminoso.

Além desses julgamentos relacionados à aparência da população em situação de rua, existem aqueles referentes ao caráter. Os julgamentos ligados ao caráter são aqueles que atribuem a esses indivíduos o fato de estar na rua por opção, por vontade própria, bem como o fato de não trabalharem por não escolha. As pessoas as quais proferem discursos desse tipo não levam em consideração o destino doloroso que faz com que os PSR caíssem nesse tipo de situação (RODRIGUES, 2016).

Segundo Oliveira (2012), o modo como a sociedade percebe as pessoas em situação de rua foi se transformando ao longo dos anos. Esses indivíduos eram tratados como migrantes e desempregados; no começo dos anos 2000, começou a compreender essas pessoas a partir da sua grande exclusão e vulnerabilidade, fato que fomentou o desenvolvimento de políticas públicas e acentuou o preconceito da sociedade

A sociedade tem construído a imagem das pessoas em situação de rua como sendo um anormal contemporâneo, fato que tem gerado forma de criminaliza-las. O autor chama atenção para o avantajado investimento midiático em reproduzir o estereótipo dessas pessoas, sempre relacionando-as à pobreza, loucura e até criminalidade, semeando um medo e uma insegurança de toda a sociedade (ABIB, 2014).

Em contrapartida, Alles (2010), ao analisar publicações de um jornal feito sobre e por pessoas em situação de rua, percebeu que em diferentes edições a representação do que é um morador de rua varia, sendo, em algumas, expostas suas fraquezas, vulnerabilidade e necessidades, já em outras as suas potencialidades de força e de luta, visando a melhoria de suas condições de vida. Ademais, Costa (2010) afirma que os meios de comunicação produzidos por PSR são de grande importância para transportar o tema da vida nas ruas para toda a sociedade, funcionando também como um importante instrumento de reivindicação de direitos humanos e sociais.

## 5 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA RELAÇÃO COM OPRESENTE TEMA

Nitidamente marcada por desigualdades sociais, a sociedade brasileira passou por diversas mudanças até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, devido ao avanço dos debates sobre direitos humanos, essa nova Constituição buscou assegurar melhores condições de vida para todos os cidadãos, sem nenhuma distinção, como podemos analisar em muitas de seus artigos.

Logo em seu 1º artigo, a Carta Magna determina que a República Federativa do Brasil, formada pela união dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em um Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana. Diante disso, é importante destacar o parágrafo único deste artigo, o qual afirma que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da mesma Constituição vigente.

Por conseguinte, podemos afirmar que, assim como outros temas socias, a situação referente aos indivíduos em situação de rua e as políticas que foram adotadas pelo Poder Público e pelos Deputados, Governadores, Presidente da República e demais líderes políticos, é de responsabilidade, também, de cada um na sociedade. Conforme disposto no artigo 3º da Constituição Federal brasileira, os objetivos fundamentais do país são: construir uma sociedade justa, solidária e livre, garantir o desenvolvimento da nação, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais, bem como promover o bem de todos, sem nenhum tipo de preconceito, raça, cor, sexo ou quaisquer formas dediscriminação.

Considerado por muitos um dos principais artigos da Carta Magna e a principal base da sociedade brasileira, o artigo 5º determina que todos são iguais perante a lei, sem nenhum tipo de distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros que residem no País a inviolabilidade do direito à segurança, à vida, à propriedade, à liberdade e igualdade. Dentre os incisos presente no 5º artigo da constituição, é valido destacar o inciso IX, referentes às pessoas em situação de rua, o qual estabelece que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas, sendo assegurado o direito a indenização pelo dano moral ou material decorrente dessa violação.

O grande ponto de conflito, segundo Lima (2015) é determinar qual o limite entre a violação e a exposição da vida privada e íntima da PSR. Uma vez que a casa e a rua são confundidas diante do fato dessas pessoas viverem em espações públicos, frente a toda e qualquer pessoa que esteja ali.

Por sua vez, o artigo 6º do mesmo texto Constitucional estabelece como 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, além da assistência aos desamparados. Podemos perceber que assim como o artigo 5º, este traz garantias fundamentais à dignidade de toda e qualquer pessoa. Contudo, é possível afirmar que uma grande parcela da sociedade do Brasil não é assistida corretamente pelo Poder Público como deveria e como a
C.F. impõe.

Visto todos os pontos elencados na presente Constituição, é notório que há uma enorme disparidade entre o que a lei estabelece e entre o que vemos nas ruas de nossa cidade, seja qual for, durante nosso cotidiano. Por fim, qual o motivo de isso acontecer? Pela ausência de medidas especificas para essa parcela da população? Será que existem medidas voltadas para essas pessoas?Veremos mais sobre isso a seguir.

## 6 O PROCESSO DE SAÍDA DAS RUAS

Mattos (2006) destaca a importância de compreender o processo de saídas das ruas para o planejamento de políticas públicas direcionadas à PSR, entendendo esse processo como um modo criativo de determinar novos modos de enfrentar e viver as dificuldades sociais presentes. Souza e Araújo (2007) apontam como uma possibilidade de saída das ruas as políticas públicas que auxiliem na construção de projetos de vida, sendo importante uma rede de fortalecimento e apoio da sociedade.

Já Fernandes (2013) destaca o serviço de assistência social de acolhimento em republicas como um forte serviço que resgata a autonomia e cidadania dessa parcela da população, pois nesse espaço o indivíduo acolhido tem o direito de ir e vir, interagir com outras pessoas em um ambiente residencial, construir um projeto de vida, metas, sonhos, reorganizar a questão escolar, suavida profissional e financeira.

Para as pessoas que se encontram em situação de rua, os mecanismos socioassistenciais são interessantes, mas ainda insatisfatórios. Desse modo, o autor

destaca ainda que algumas pessoas aderem ao processo de saída das ruas, entretanto outras estão sempre chegando. Diante disso, é sempre importante contemplar essa parcela da população em projetos urbanos, a fim de reconhece-las no território urbano juntamente com o seu direito à cidade (QUINTÃO,2012).

O trabalho está relacionado intimamente como um dos elementos que auxiliam o indivíduo na passagem desta condição até a sua reinserção na sociedade. A volta ao mercado de trabalho tem tanto uma importância financeira, como está ligado ao resgate da identidade do indivíduo, em busca da cidadania. A formação de grupos, criando um sentimento de comunidade, união e pertencimento é uma premissa básica na busca dessa cidadania (QUINTÃO,2012).

Por conseguinte, as tentativas de construção de cidadania, por meio de movimentos de moradia ou de alguns outros grupos participativos podem surtir resultados, na medida em que alguns conceitos, como identidade, dignidade e respeito, tenham adquirido um sentido, visto que foram vividos e experimentados pelo indivíduo.

Após passarem algum tempo na rua, os indivíduos tentem a formarem grupos organizados para se reunirem, trabalharem ou reivindicarem seus direitos. Essas conexões, além de reestruturar a confiança e a sensação de pertencimento, são responsáveis também pelo avanço legislativo para assegurar direitos a essa parcela da população, que evolui graças a essas reivindicações desses grupos, como os movimentos de moradia (Movimento dos Trabalhadores Sem Teto, Movimento Nacional de Luta pela Moradia, Movimento Nacional da População de Rua, entre outros).

Movimentos como estes tentem a reivindicação por moradia, ou seja, são compostos por pessoas em situação de rua que buscam sair dessas condições, conseguindo empregos e a própria moraria, assim como direito a todas as outras categorias do bem-estar social. Os movimentos pela moradia estão entre um dos principais movimentos sociais urbanos do Brasil, operados, muitas vezes, seguindo uma agenda unificada de reivindicações.

A organização dessas pessoas possibilita uma divulgação e denúncia da situação da população em situação de rua, como com a criação de veículos divulgadores, como jornais, revistas e espaço nas mídias sociais, com *Facebook*,*Whatsapp* e *Instagram*.

Ainda segundo Quintão (2012), alguns indivíduos em situação de rua fazem

parte de uma rede internacional, como é o caso da revista “OCAS – Saindo das ruas”, a qual é uma forte fonte de renda e rede organizada para as pessoas em situação de rua na cidade de São Paulo. No entanto, segundo a Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua, quanto à participação em movimentos sociais e cidadania, a maioria (76%) não participa de nenhum movimento ou atividade social. Apenas a minoria (38%) confirmaram participação em algum movimento social ou associação. (FIPE, 2009/2010, arquivo 3, p.18-19).

## 7 POLÍTICAS PUBLICAS VOLTADAS PARA POPULAÇÃO EMSITUAÇÃO DE RUA

No entendimento de Machado (2014), a política de Assistência Social, uma política pública não contributiva, faz parte da seguridade social e possui um caráter de universalidade, sendo dever do estado e direito de todo e qualquer indivíduo que dela necessitar. A assistência social no Brasil é traçada em dois pilares principais, a saber: a Constituição Federal de 1988 – a qual imprime e dita diretrizes para a gestão das politicas públicas, e a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que estabelece os princípios, objetivos e as diretrizesdas ações.

De acordo com a autora, em um contexto brasileiro, o ano de 1993 foi o marco para as políticas públicas voltadas a parcela da população em situação de rua, visto que fora aprovada, no Congresso Nacional, a Lei Orgânica da Assistência social, proporcionando que a Assistência Social passe a ser reconhecida como política pública, sendo direito do cidadão e dever do Estado, tendo o comprometimento de assegurar a garantia da universalização dos direitos sociais.

Na data de 30 de dezembro do ano de 2005, a LOAS recebe uma mudança por meio da Lei nº 11.258/05, a qual determina a inclusão da obrigatoriedade da produção de programas de amparo à PSR. Essa nova legislação acabou por determinar que cabe ao Poder Público Municipal a tarefa de manter os serviços e programas de atenção à população de rua, garantindo padrões básicos de não-violência e dignidade na concretização dos direitos de cidadania e segmento social (MACHADO,2014).

Um pouco antes na mudança feita no LOAS, em dezembro de 2003, foi- se realizada na cidade de Brasília, a IV Conferência Nacional de Assistência Social, a qual representa um grande passo na busca da solidez da Política de Assistência Social (PNAS) no Brasil. Na presente conferencia fora deliberada a implantação do Sistema

Único de Assistência Social (SUAS), onde encontramos a Proteção Social Básica, de média e de alta complexidade.

Segundo Brasil (2004), sobre a Proteção Social Especial, o PNAS a considera como uma modalidade de atendimento assistencial destinado a famílias e pessoas que se encontram em situação de risco pessoal e social, por conta de abandono, maus tratos (seja ele psíquico ou físico), abuso sexual, uso de entorpecentes, situação de trabalho infantil, dentre outras. Já a Proteção Social Básica tem como objetivo prevenir situações de risco por meio do desenvolvimento de potencialidades e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários.

Quanto a Proteção Social Especial de Média Complexidade, é definida como os serviços de média complexidade que oferecem atendimentos às famílias e pessoas que tiveram seus direitos violados, mas que os vínculos familiares e comunitário não foram rompidos. Dessa forma, requerem uma maior estruturação técnica, atenção especializada e individualizada. Já com relação à Proteção Social Especial de Alta Complexidade, podemos definir como os serviços que garantem uma proteção integral ao indivíduo, com moradia, alimentação, trabalho e higienização para as famílias e pessoas que encontrem-se em situação de ameaça.

Podemos compreender que dentro da Proteção Social Especial, existem dois níveis de complexidade, o de média e alta complexidade. Dentre eles, os serviços são concedidos de acordo com a PNAS para às crianças, idosos, deficientes, pessoas em situação de rua, adolescentes, dentre outros. Trazendo especificamente para a parcela da população em situação de rua, a proteção social especial deve por priorizar os serviços que possibilitem a organização deum novo projeto de vida.

Segundo Machado (2014), nota-se que as políticas sociais são restritas ao acesso da PSR. Somente no ano de 2005 o governo cria programas direcionados à essa parcela da população, no âmbito da PNAS, e ainda assim são restritas, possuem abrangência limitada e, algumas, reproduzem praticas conservadoras. São seletivas e propiciam ainda mais a desigualdade social, visto que atendem uma parte da PSR, com programas compensatórios, visando diminuir os efeitos da pobreza sem que se comprometa a estrutura da sociedade.

É importante destacar que a implementação do SUAS não se deu de uma forma instantânea, resultou-se de muitas movimentações, lutas. A efetivação da assistência social como uma Política Pública de Estado constitui-se por ser um processo continuo,

pois carrega marcas históricas que levam a própria sociedade a associa-la ao assistencialismo e voluntariado.

A criação do SUAS foi uma luta, justamente para que as concepções a respeito da assistência social sejam rompidas. A relação da PSR com as políticas sociais é uma relação de pouca relevância. Os limites de cobertura e abrangência impostos pela natureza seletora destas políticas são um dos principais fatores da exclusão social dessa parcela da população. Muitos são os elementos que corroboram para esse distanciamento entre a PSR e a efetivação de seus direitos, enquanto cidadãos. Ou seja, o preconceito e o estigma social que atingem essas pessoas são uma das explicações para vulnerabilidade e a falta de proteção para esse segmento (SILVA,2009)

De acordo com o PNAS (2004) a Assistência Social como Política Pública, busca garantir a autonomia, a partir da inclusão, bem como acolhendo essas pessoas e lhes oferecendo um atendimento digno, como um caminho para que sejam reconhecidas como sujeitos detentores de direito.

Ao mesmo tempo em que reconhecemos o quanto o Estado, a sociedade e as políticas sociais produzem e reproduzem preconceitos e estigmas, são nesses espaços também que se é elaborado uma tentativa de uma outra pratica, que reconheça a liberdade, autonomia e a condição de sujeito de direitos (MACHADO,2014).

De acordo com a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais – TNSS - (2009), o Serviço Especializado para Pessoas em situação de Rua é ofertado para aqueles que usam as tuas como um espaço de moradia ou/e sobrevivência. Dessa forma, na TNSS encontramos serviços que são destinados diretamente para as pessoas em situação de rua, que envolvem a Proteção Social Especial de Média e alta complexidade, como o Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua e o Serviço de Acolhimento Institucional, respectivamente.

O acolhimento é destinado a pessoas adultas com vivência de rua com fase de reinserção na sociedade, que estejam em processo de restabelecimento de vínculos sociais e construção de independência. Entre os seus principais objetivos estão a promoção de vínculos comunitários, familiares e sociais, promover acesso à rede socioassistencial e reestabelecimento de vínculos familiares e/ou sociais.

Portanto, a TNSS tem a finalidade de assegurar atividades e atendimento direcionados para o desenvolvimento de habilidades sociais, com intuito de fortalecer os vínculos interpessoais e familiares, oportunizando a construção novos projetos de

vida.

Ademais, com relação a Política Nacional para inclusão da população em situação de rua, sua aprovação foi tida no mês de maio, do ano de 2008. Dessa forma os princípios da política supracitada são:

> I - Promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos;
> II - Respeito à dignidade do ser humano, sujeito de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais;
> III - Direito ao usufruto, permanência, acolhida e inserção na cidade; IV - Não-discriminação por motivo de gênero, orientação sexual,origem étnica ou social, nacionalidade, atuação profissional, religião,faixa etária e situação migratória;
> V - Supressão de todo e qualquer ato violento e ação vexatória, inclusive os estigmas negativos e preconceitos sociais em relação à população em situação de rua. (BRASIL, 2008b, p. 14)

Esses princípios servem como base para o desenvolvimento e criação de programas municipais, estaduais e federais voltados à essa parcela da população. Para que haja a efetivação dos princípios citados, a Política Nacional prevê estratégias no âmbito dos direitos humanos e assistência social.

É valido ressaltar que a implementação desta política se deu por meio de muita luta e da organização dos movimentos sociais dessa parcela da população. Mesmo com os avanços, nota-se que a população em situação de rua não tem direito à proteção social dentro das cidades ou fora delas. Fica evidente a falta de integração e o não investimento no fortalecimento dos sujeitos(MACHADO,2014).

Portanto, nota-se a dificuldade para que ocorra a efetivação dos direitos à população em situação de rua, de modo integrado. Existe uma sobrecarga de serviços retardando e impedindo o progresso do processo de autonomia dos sujeitos, perdendo assim seu alcance e efetividade.

## 8 CONCLUSÃO

A escolha do tema se deu por meio de uma inquietação gerada durante a participação em atividades extra acadêmicas, as quais tinham o objetivo de entregar alimentos e vestimentas para a população em situação de rua. Durante a participação, teve-se a oportunidade de acompanhar de perto a rotina, os problemas e a situação em que a população em situação de rua se encontra.

Além da inquietação supra citada, o fato de não possuir muitas pesquisas acadêmicas e dados governamentais sobre o tema, me fez refletir o porquê de isso acontecer. Diante desses fatores, a ideia da pesquisa se fez presente, para que, de alguma forma, o interesse no presente tema perpassasse para todas as pessoas que tivessem acesso ao trabalho, aumentando a discussão da temática em ambiente acadêmico e na sociedade.

Essa aproximação com a PSR despertou o interesse pelo entendimento e pesquisa sobre o tema, com o intuito de compreender a complexidade desse fenômeno, ajudar no combate de concepções e preconceitos enraizados na sociedade bem como entender como encontra-se o ordenamento jurídico brasileiro no que tange a confecção de direitos e políticas públicas que abarquemessa parcela da população.

Por meio de fontes coletadas na abordagem, foi possível obter uma determinada noção sobre a desigualdade socioeconômica enfrentada em nível mundial, uma vez que, enquanto a riqueza do mundo bate recordes, a pobreza e miséria em vários países continuam sendo mantidas, a ponto de muitas pessoas por todo o mundo não possuir sequer uma simples e confortável residência.

Em razão do levantamento bibliográfico abordado por toda a pesquisa, foi-se realizado um resgate histórico do fenômeno da PSR, onde conclui-se que este é resultado de uma sociedade capitalista. O excedente desemprego fez que com o capitalismo se desenvolvesse por meio da exploração da mão de obra dessa parcela da população, visto não terem a possibilidade de subsistência e não possuírem opções de trabalho e renda, passando assim a integrar uma população que faz da rua seu local de sobrevivência e moradia.

Observou-se que durante o presente trabalho, que a PSR, em suma, é estigmatizada e rotulada como “vagabundos”, “preguiçosos”, “vadio”, etc., e as pessoas acabam ignorando esse público, dificultando, cada vez mais, as oportunidades para a reinserção no mercado de trabalho e na sociedade. O Estado se revela de forma ineficiente em uma série de quesitos, dentre eles a manutenção e a emancipação de condições dignas e suficientes de vida para aspessoas em situação de rua.

Nesse sentido, após as explanações, pode-se concluir que a população em situação de rua necessita de uma maior garantia e efetividade de seus diretos, para que possam ser inseridas, novamente, na sociedade e possam viver com dignidade. Por fim, espera-se que, com este trabalho, possa haver uma desconstrução do estigma

enraizado à PSR, gerando interesse da sociedade com relação a este público, buscando combater, de alguma forma, o preconceito e a exclusão social, incentivando, cada vez mais, estudantes e demais interessados a discutir e problematizar este assunto tão importante e necessário.

## REFERÊNCIAS


ABIB, Leonardo Trápaga. **Crônicas urbanas: Consultório na rua, população em situação de rua, clínica menor e outras histórias**. 2014. Disponível em: http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/4877/Leonardo_dissertacao_vers%c3%a3o_final%20-%20Lista%20de%20Ilustra%c3%a7%c3%b5es.pdf?sequence=1. Acesso em: 09 out. 2021.

ALLES, Natália Ledur. **Boca de rua: Representações sociais sobre população de rua em um jornal comunitário**. 2010. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/23018/000741293.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 09 out. 2021.

ASSIS, **Marselha Silvério de. Direito, Estado e sociedade sob a óptica de Karl Marx.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2551, 26 jun. 2010. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/15111. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa doBrasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº 8.742. **Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).** Brasília: DF,7 de dezembro de 1993.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html. Acesso em: 1 out. 2021.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. **Centro de Referência Especializado para Pessoas em Situação de Rua - Centro POP**. Disponível em:http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de atendimento/centro-pop. Acesso em: 22 out. 2021;

_____. **Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.** Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. PolíticaNacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua. Brasília, 2008b. Disponível em: http://www.recife.pe.gov.br/noticias/arquivos/2297.pdf. Acesso em: 08 out. 2021.

_____. **Política Nacional de Assistência Social – PNAS**. Brasília, 2004.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República**. Diálogossobre a população em situação de rua no Brasil e na Europa: experiênciasdo Distrito Federal, Paris e Londres.** Brasília: SDH, 2013. Disponível em: http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e- defesa/publicacoes-2013/pdfs/dialogos-sobre-a-populacao-em-situacao-de-rua-no-brasil-e-na-europa-1 Acesso em: 02 ago. 2021.

_____. **Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais**. Resolução n°109, de 11 de novembro de 2009.

COSTA, Lara Denise Góes da. **Responsabilidade e desumanização: Representações sociais sobre população de rua no Rio de Janeiro**. 2010. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16772/16772_1.PDF. Acesso em: 10 set. 2021.

FERNANDES, Camila Nastari. **Estudo sobre o serviço de acolhimento em república para adultos em situação de rua do município de São Paulo**. 2013.Disponível em: http://biblioteca.ufabc.edu.br/index.php?codigo_sophia=48674.Acesso em: 05 out. 2021.

FERRO, Maria Carolina Tiraboschi. **Política Nacional para a População em Situação de Rua: o protagonismo dos inviabilizados.** Revista Direitos Humanos, v. 8, p. 35-39, 2012.

FIPE. **Censo da População em Situação de Rua da Cidade de São Paulo2009/ 2010**.Disponível em: .http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social. Acessoem: 11 out. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Metade da riqueza mundial pertence a 1% da população, diz relatório**. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/10/1532272-metade-da-riqueza-mundial-pertence-a-1-da-populacao-diz-relatorio.shtml. Acesso em: 05 de setde 2021.

FREITAS, Renato Lima de. **A CASA É A RUA: uma abordagem sobre a exclusão social e os moradores de rua no Brasil**. 2015. Disponível em: http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/12579/1/PDF%20-%20Renato%20Freitas%20de%20Lima.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

MACHADO, Thayse. **População em Situação de Rua e Sociedade: umarelação marcada por preconceito e estigma**. 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133048/TCC%20THAYSE%20%20Machado.pdf?s. Acesso em: 07 out. 2021.

MATTOS, Ricardo Mendes. **Situação de rua e modernidade: A saída das ruascomo proxesso de criação de novas formas de vida na atualidade**. 2006. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp011986.pdf. Acesso em: 02 out. 2021.

OLIVEIRA, Luciano Márcio Freitas de. **Circulação e fixação: O dispositivo de gerenciamento dos moradores de rua em São Carlos e a emergência de uma população**. 2012. Disponível em: https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/6757/5606.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 09 out. 2021.

OLIVEIRA, Laís Santos. **População em situação de rua no Brasil: da invisibilidade à crise de inefetividade dos direitos humanos fundamentais.**Disponível em: https://jus.com.br/artigos/52032/populacao-em-situacao-de-rua-no-brasil. Acesso em: 22 out. 2020.

QUINTÃO, Paula Rochlitz. **MORAR NA RUA: HÁ PROJETO POSSÍVEL?** Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16136/tde-07082012-122947/publico/dissertacao_paula_original.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

RODRIGUES, Igor. **A construção social do morador de rua: derrubando mitos.** Curitiba: CRV, 2016.

ROSA, Cleisa Moreno Maffei (Org). **População de Rua** – Brasil e Canadá. SãoPaulo: Hucitec, 1995.

SILVA, Maria Lucia Lopes. **Mudanças Recentes no Mundo do Trabalho e o Fenômeno População em Situação de Rua no brasil**. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1763/1/2006_Maria%20Lucia%20Lopes%20da%20Silva.pdf. Acesso em: 09 out. 2021.

SOUZA, Priscila de; ARAÚJO, Marivânia Conceição de. **PROJETO PORTAL DA INCLUSÃO: A EXPERIÊNCIA DOS PARTICIPANTES DO ABRIGOMUNICIPAL EM MARINGÁ - PARANÁ.** 2006. Disponível em: https://revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/104/102. Acessoem: 13 out. 2021.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. **O que é? - Índice de Gini.** 2004. Disponível em: http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2048:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 11 out. 2021.

# A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO COMBATE AO CONGESTIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Felipe Camara Fonseca[1]
Walber Cunha Lima[2]

**RESUMO**

Neste presente pesquisa é feita uma análise teórica e prática acerca da importância dos institutos de autocomposição, como a mediação e conciliação, no combate à morosidade do judiciário brasileiro, buscando analisar as disposições legais ao longo dos anos, como também determinados apontamentos acerca do atual congestionamento de processos na justiça brasileira. Além disso, é discutido o impacto do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de Março de 2015), juntamente com a resolução N.º125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça na solução dos conflitos levados ao poder judiciário, trazendo tanto o entendimento doutrinário, quanto uma análise de dados do próprio CNJ.

**Palavras-chave:** Autocomposição. Mediação. Conciliação. Congestionamento. Judiciário. Código de processo civil.

## THE IMPORTANCE OF MEDIATION AND CONCILIATION IN FIGHTING CONGESTION IN THE BRAZILIAN JUDICIAL POWER

**ABSTRACT**

In this present research, a theoretical and practical analysis is made about the importance of self-composition institutes, such as mediation and conciliation, incombating the slowness of the Brazilian judiciary, seeking to analyze the legal

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: felipecamarafonseca80@gmail.com
[2] Professor-orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br.

provisions over the years, as well as report about the current congestion of processes in the Brazilian justice. In addition, the impact of the Civil Procedure Code of 2015 (Law nº 13.105, of March 2015) is discussed, together with the resolution nº 125 of 2010 of the Conselho Nacional de Justiça in the solution of conflicts brought to the judiciary, bringing so much the doctrinal understanding, as an analysis of data from the CNJ itself.

**Key words:** Self-composition. Mediation. Conciliation. Judiciary. Slowness. Civil procedure code.

## 1. INTRODUÇÃO

Atualmente, nosso poder judiciário é apontado como ineficiente e extremamente moroso, seja por conta do alto número de processos ajuizados que ainda aguardam julgamentos ou pela enorme burocracia durante os ritos processuais. Não restam dúvidas para a maioria dos indivíduos que buscam a tutela do estado, de que a depender do procedimento comum, pode-se levar muito tempo até obter uma decisão definitiva acerca do direito pleiteado na ação.

É certo que não só os acadêmicos e profissionais do meio jurídico tem noção desse congestionamento, como também já é do entendimento popular essa questão. Desse modo, apresentam-se certos institutos da autocomposição, a mediação e conciliação, como formas eficientes de combater essa problemática e trazer uma solução adequada para os conflitos sem que haja envolvimento direto do Estado Juiz e as partes possam alcançar uma solução mais rápida e eficaz para o conflito.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 e o Conselho Nacional de Justiça buscaram incentivar a autonomia da vontade privada com utilização de meios extraprocessuais para solucionar o conflito, a fim de permitir que as partes possam chegar na solução da melhor forma possível, ao invés de submeter a lide à tutela jurídica.

## 2. A NECESSIDADE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DECONFLITOS

Nos dias atuais, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o Direito

Processual brasileiro buscou incentivar formas alternativas para solucionar os conflitos levados ao Poder Judiciário, a fim de diversificar os meios de resolução e retirar do Estado a totalidade das tutelas. Ademais, tais medidas não trataram apenas de promover uma política de desjudicialização, mas também buscaram combater a cultura do litígio, fortemente presente nos atuais operadores do direito.

Contudo, antes de começar a trabalhar e entender a importâncias desses meios alternativos, é fundamental compreender a raiz do problema presente atualmente na justiça brasileira, da morosidade processual. Assim, a necessidade de métodos alternativos de resolução de conflitos não surgiu do nada, pois foi necessária a formação de uma crise ao longo dos anos, na qual o próprio Estado não foi capaz de solucionar.

## 2.1 AUTOCOMPOSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ANTESDO CPC/2015

No que se refere a autocomposição nas relações processuais, entende-se que o Código de Processo Civil de 2015 não trouxe uma novidade de fato, mas sim uma melhor abordagem desse tema, visto que o próprio CPC de 73 já conhecia uma forma de resolução dessa natureza, como disposto em seu Art. 125, IV, a fim de estimular o juiz a conciliar e promover o debate entre as partes, em qualquer momento do processo.

O poder judiciário encontra-se abarrotado de processos, o que compromete sua legitimação e sustentabilidade como órgão oficial de resolução de conflitos.

mais de 25 milhões de causas novas são registradas anualmente em todos os seus órgãos e segmentos (justiça estadual, federal, do trabalho).

Mesmo assim, o simples fato de existir uma modalidade de conciliação, ainda que minimamente presente, no ordenamento jurídico brasileiro não permitiu observar uma significativa diminuição na desjudicialização dos conflitos levados ao judiciário, muito menos qualquer evolução na problemática referente ao número de processos ajuizados afogando a justiça brasileira, como explica Bacellar (2021, p.29):

[...]

Além disso, é importante destacar o momento em que a justiça brasileira se

encontrava na década de 70. Assim, neste período o Brasil enfrentava o Regime Militar, onde diversos direitos e garantias foram cerceados da população. Portanto, a partir de uma análise sociojurídica, não restam dúvidas que essa forma de governo refletiu no modo como o judiciário atuava na sua função, deixando-o responsável apenas por questões técnicas do direito.

## 3. APONTAMENTOS ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

É certo que, observando o panorama atual, a maioria dos conflitos entre indivíduos e instituições são levados ao judiciário, e além disso, sabendo da dimensão populacional de um país continental como Brasil, percebe-se que este problema atinge proporções muito maiores do que teria a princípio. Assim, para compreender melhor a problemática da morosidade processual, é fundamental entender as causas que levaram ao número colossal de processos.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso (2008) dispõe acerca da judicialização da vida e das causas deste fenômeno, onde questões de repercussão política ou social passaram a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelos demais poderes, no período que pôde compreender a redemocratização do país, como também a promulgação da Constituição de 1988.

A partir deste raciocínio, Barroso (2008, p.2) elucida a primeira causa responsável pelo crescente número de processos levados ao judiciário:

> A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

Portanto, é fundamental destacar que após o fim da ditadura militar e o retorno à democracia, o ordenamento jurídico brasileiro tratou de dispor acerca dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Assim, com o intuito de garantir o

devido amparo e proteção a esses direitos, a justiça brasileira passou a resguardá-los contra qualquer possível violação. Diante dessa realidade, criou-se na consciência popular a ideia de que todo conflito deveria ser solucionado pela justiça.

Ainda neste raciocínio, com relação à segunda causa, decorrente da promulgação da Constituição Cidadã (CF/88) que instituiu o Estado de Direito e de Justiça Social, Barroso (2008, p.2) aduz o seguinte:

> [...] Na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Em síntese, pode-se observar que, a partir da década de 80, desenvolveu-se na consciência popular, a ideia de sempre procurar a tutela do judiciário para solucionar a maioria de seus problemas, enquanto que abandonaram qualquer interesse em resolvê-los entre as partes. Assim, a tendência dos brasileiros a se levar todo e qualquer tipo de conflito à justiça, evidenciou o fenômeno da excessiva judicialização das relações sociais.

Mesmo com a existência de um instituto de autocomposição presente no CPC de 1973[3], é evidente ao longo deste estudo que não ocorreu de fato uma efetiva desjudicialização neste período. Em um primeiro momento, observa-se que o inciso de um artigo não é o suficiente para estimular uma política tão importante, muito menos os próprios operadores do direito. Além disso, nesta época o país vivia o regime militar, onde o judiciário era apenas um departamento técnico-especializado.

Ademais, Michelly Pereira (2020, p.27) entende que um dos fatores para a sociedade brasileira sempre buscar a tutela jurisdicional é decorrente da ausência de noções fundamentais, como informações básicas acerca de negociações e a consciência de seus direitos. Não obstante, ela também compreende que essas noções também estão ausentes no repertório de muitos operadores do Direito atualmente.

[3] Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

## 4. CRISE DO CONGESTIONAMENTO DE PROCESSOS NO JUDICIÁRIO

Atualmente, vivemos uma realidade onde a justiça não conseguiu arcar com as expectativas que a sociedade colocou sobre ela ao longo dos anos, quanto à resolução de seus problemas. Contudo, vale salientar que a crise mencionada nesta seção não implica em dizer que os processos nunca serão solucionados, mas sim que para se obter uma tutela do Estado, por muitas vezes, o rito processual acaba sendo extremamente ineficaz e oneroso para o direito discutido.

Não restam dúvidas acerca da incapacidade do Poder Judiciário de lidar com o alto volume de processos a serem resolvidos atualmente. Tanto os operadores e acadêmicos do direito, quanto a própria população que não cursou o ensino jurídico, tem noção da presente crise decorrente da morosidade processual. Neste sentido, é cristalino o desrespeito não apenas aos princípios e normas que regulam o próprio processo civil, como também ao indivíduo que busca a tutela do Estado-Juiz.

Diante dessa realidade, é necessário observar que a justiça brasileira dispõe acerca de diversas garantias ao cidadão, porém a maioria não consegue nem ser respeitada, pois muitas delas tratam de acessibilidade, eficiência e celeridade. Tudo isso para que o cidadão ou estrangeiro residente tenha o devido amparo legal de seus direitos, buscando impedir que os mesmo sofram o mínimo possível com prejuízos antes da decisão final. Assim expõe Bacellar (2012, p. 44):

> Os valores justiça (e seu acesso), segurança jurídica, acessibilidade, rapidez (celeridade), modernidade, transparência, imparcialidade, probidade, ética e efetividade são alguns valores que compõem o "pacote" de ideais que o Poder Judiciário promete, formalmente, oferecer ao cidadão e que efetivamente são atributos de valor para a sociedade. Ao abrir as portas da justiça ao cidadão comum, sem que tivesse cumprido sua promessa básica de julgar os casos em tempo razoável, o Poder Judiciário passa por uma situação que precisa ser redimensionada.

A partir dos demais pontos, anteriormente apresentados, percebe-se que o judiciário brasileiro, desde os anos 80, trouxe para si toda e qualquer responsabilidade acerca da tutela dos conflitos da sociedade, garantindo o respeito a diversos valores e princípios processuais, também já discutidos. Acontece que com o passar dos anos tal responsabilidade não conseguia mais ser atendida em tempo hábil,

enquanto que os valores da justiça não podiam mais ser garantidos.

Neste sentido, foi-se percebendo que a judicialização dos conflitos, modalidade de resolução predominante, não demonstrava mais ser capaz de dar o tratamento adequado aos mesmos, muito menos de respeitar princípios basilares do processo, tais como a celeridade, eficiência, economia processual, dentre outros. Numa análise mais crítica, a demora na prestação da tutela jurisdicional pode até violar o princípio constitucional do acesso à justiça.

A preocupação com o acesso à justiça é fundamental para todo o ordenamento jurídico, pois além de configurar um princípio constitucional basilar de todo o nosso direito, é por meio dele que todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país podem reivindicar seus direitos e/ou solucionar seus conflitos. Dessa forma, é dever do Estado garantir a devida tutela jurisdicional, a fim de solucionar adequadamente o conflito, de acordo com Bacellar (2012, p. 44):

> É sempre bom rememorar que os órgãos do Poder Judiciário, previstos no art. 92 da Constituição da República, existem para prestar serviço público (serviço judiciário) ao povo (usuário dos serviços jurisdicionais, denominado jurisdicionado). Os serviços judiciários devem ser prestados de maneira a concretizar a promessa de resolver oficialmente (no âmbito do Estado) as controvérsias existentes entre as pessoas e ao final alcançar a coordenação dos interesses privados e a paz na sociedade.

Contudo, diante dos apontamentos feitos ao longo deste Estudo, sabe-se que esse dever não é respeitado de fato, enquanto que a tutela prestada, por muitas vezes, não goza da qualidade necessária para atender às necessidades do indivíduo. Não restam dúvidas que esse sistema de resolução está colapsado, seja pelo fato das partes esperarem anos por uma simples resolução, ou até pelo próprio juiz tendo que lidar com demandas além da sua capacidade humana.

Na opinião de Roberto Portugal Bacellar (BACELLAR, 2012), o decurso do tempo só tem agravado crise da justiça e os seus efeitos, uma vez que o aumento da população implica em um maior número de casos ajuizados, resultando assim numa maior morosidade processual ao longo dos anos. Assim, ao fazer uma simples análise destas informações, é notável que se a justiça não tem conseguido solucionar essa questão, com o passar dos anos a crise só vai piorar.

## 5. A IMPORTÂNCIA DE UMA SOLUÇÃO PARA O ALTO VOLUME DE PROCESSOS

**SEM TUTELA JURISDICIONAL**

Atualmente, ainda que o judiciário brasileiro sofra com a morosidade processual, é certo que o ordenamento jurídico do nosso país não permaneceu inerte frente a este problema e buscou trabalhar em cima de soluções para diminuir o alto volume de processos estancados. Em um primeiro momento, pode-se observar a criação dos Juizados Especiais[4], buscando desafogar a justiça do crescente número de demandas jurídicas, trazendo assim uma maior eficiência no tratamento de conflitos que pleiteiam a tutela do estado.

Ademais, o Código de Processo Civil também dispõe acerca dos procedimentos especiais, no que concerne a prática de atos processuais em ações específicas, sem precisar seguir as regras e determinações do procedimento comum, uma vez que os atos processuais tradicionais apresentavam-se demasiadamente burocratizados e complexos. Assim, buscando trazer uma maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional, o ordenamento jurídico brasileiro tratou de permitir a prática de atos processuais mais céleres em situações específicas que não apresentavam tamanha complexidade.

Em síntese, é certo que o direito atualmente busca soluções para a atual crise do judiciário, no que tange o congestionamento de processos. Contudo, a presente pesquisa tem como foco outros métodos para solucionar este problema. Neste sentido, observa-se que o Direito Brasileiro também procurou dispor e estimular determinados métodos alternativos para a solução de conflitos, sendo eles a mediação, conciliação e demais negociações processuais que envolvessem a autonomia das partes.

Portanto, tais métodos também se mostraram como ferramentas excepcionais no combate à morosidade processual, uma vez que tiram do estado o dever de julgar as demandas judiciais e permitem que as partes cheguem a uma conclusão por elas mesmas. Algo que veio só veio a ser explorado recentemente em nosso ordenamento, pois era quase inexistente até o ano de 2010, momento em que se viu a necessidade de trazer esses métodos alternativos, muito presentes em outros países.

Para Michelly Pereira (2020), o sistema judiciário brasileiro buscou

[4] A Lei 9099/95 é o instrumento normativo responsável por disciplinar o funcionamento dos juizadosespeciais no âmbito da justiça estadual brasileira

redescobrir determinados métodos alternativos, ausentes ou quase inexistentes em nosso ordenamento jurídico, porém utilizados no plano internacional, cabíveis para tratar de conflitos entre as partes de uma lide, uma vez que se buscava uma resposta para a presente crise, tratada anteriormente, da justiça brasileira. Assim, pode-se abrir espaço para outras formas de resolução, além da tutela do Estado.

Dessa forma, a partir do ano de 2010[5], o Direito brasileiro passou a desenvolver e pensar em medidas que pudessem auxiliar a tarefa fundamental do judiciário, uma vez que o tradicional meio de resolução apresentava-se cada vez mais como ineficiente, afastando assim a ideia de que esse poder teria a capacidade de solucionar adequadamente as disputas levadas a sua tutela. Logo, foi desenvolvendo-se a ideia de estimular a autonomia privada no processo.

Assim, a partir desta disposição, o legislador brasileiro se permitiu delegar a solução das disputas às próprias partes envolvidas no processo, pois a possibilidade delas resolverem entre si o problema e chegarem a uma solução agradável a ambas, evitando até tutela do Estado com questões simples, apresentava-se como uma forma eficiente de auxiliar as demandas processuais e combater a crise na justiça.

Seguindo esse raciocínio, Michelly Pereira (2020, p. 26) aduz o seguinte:

> Uma das formas de realizar processos construtivos seria por meio da autocomposição, que permite ir além dos direitos tutelados juridicamente, e pode lidar com os interesses e necessidades dos envolvidos na disputa e, com isso, reestruturar a relação entre eles. Já os processos judiciais, além de serem lentos e caros, só tratam de interesses juridicamente tutelados.

A princípio, a autocomposição pode ser entendida como uma forma de solução de conflitos que não se confunde com a jurisdição, mas pode ser considerada como um equivalente. No entendimento de Carlos Eduardo Vanin (2015), trata-se de um método de resolução de conflitos entre pessoas, onde uma das partes, ou ambas, abrem mão de seus interesses, no todo ou em parte.

Dessa forma, o método da autocomposição pode ser compreendido como um ajuste de vontades ou um acordo entre as partes de um processo, sendo passivo da participação de terceiros. Ademais, observa-se que se trata de uma resolução pacífica,

[5] Ano de elaboração da Resolução N.º125 de 2010 que dispõe acerca da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e demais providências. Também responsável por influenciar a criação do novo código de processo civil em 2015 (LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015).

onde não é imposto aos indivíduos a decisão do Estado juíz, visto que ambas as partes do processo chegam juntas ao melhor resultado para elas.

Logo, ao destacar tais características para autocomposição, como também para os processos judiciais, percebe-se que ao trazer para estas relações os meios de autocomposição, as partes envolvidas no conflito podem desempenhar papel fundamental no combate à morosidade processual e permitir uma melhor qualidade nas decisões judiciais, uma vez que tira do Estado litígios mais simples e permite o uma maior atenção aos casos mais complexos.

Ademais, endossando a importância dos métodos alternativos no auxílio da atuação do Estado-Juiz, Soares (2010) afirma que essa assistência se deve a dois fatores. Em primeiro lugar, à crescente preocupação com a ineficácia do Estado em solucionar os conflitos levados para sua tutela, diante da sobrecarga do sistema judiciário e elevados custos. Além disso, também se deve à percepção de que a resolução do problema não está vinculada às fórmulas positivadas.

Contudo, deve-se sempre ter em mente que as mudanças discutidas ao longo deste capítulo não serão efetivadas somente com a atuação legislativa, mas também com a própria mudança na consciência popular acerca da solução de seus conflitos, pois, como demonstrado anteriormente, a cultura do litígio na sociedade brasileira está extremamente enraizada na mentalidade popular. Portanto, destaca-se a importância dos incentivos do Estado para o futuro do Judiciário.

Dessa forma, observando a necessidade de reformular a estrutura da solução de conflitos, além de agregar ao processo civil a autonomia da vontade das partes, a fim de auxiliar na atuação do Estado-Juiz, aliado ao fato de combater a morosidade processual, foi promulgada a Lei Nº 13.105 em 16 de Março de 2015, o atual Código de Processo Civil, influenciado pela resolução N.º125 de 2010 do CNJ, trazendo assim para o Direito brasileiro demasiados institutos de autocomposição.

Neste sentido, Oliveira (2019, p.30) compreende o seguinte:

> A conciliação e a mediação no processo civil tiveram maiores destaques quando o judiciário repensou sobre como solucionar a sobrecarga de seus processos, sob influxo de uma arraigada cultura de litígio que proliferam recursos cada vez mais inúteis e execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes.

É cristalino o saber de que tanto a resolução N.º125 de 2010 do CNJ, quanto o

CPC/2015 marcaram uma fundamental reformulação da resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a partir destas disposições, pode se observar o devido incentivo à autocomposição no Direito. Logo, partindo de um pensamento otimista, pode-se entender que essa reformulação além de trazer uma política de desjudicialização, também permite o combate à cultura do litígio.

Neste sentido, o estímulo ao acordo entre as partes compõe a política de autocomposição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quando foi implantado o Movimento pela Conciliação. Dessa forma, compreende-se que as negociações realizadas pelas partes do processo, permitem tanto responder de maneira ágil e satisfatória ao problema, quanto ajudar na redução das demandas na Justiça.

Quando se fala em meios de autocomposição, muitas formas podem ser levadas à discussão, tais como a arbitragem e a negociação tradicional. Contudo, o presente estudo irá focar apenas nos institutos da mediação e conciliação, objetos da discussão acerca da temática apresentada, o que não implica em dizer que as demais formas de resolução não são importantes para a crise do judiciário e a morosidade processual.

## 6. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO CPC/2015

Atualmente, o Novo Código de Processo Civil, em seus artigos 165 a 175, dispõe acerca da mediação e da conciliação na esfera judicial, a partir do momento em que as partes são levadas ao processo, contudo não exclui a possibilidade de aplicação da norma no âmbito extrajudicial. Além disso, ainda prevê a utilização de câmaras privadas de conciliação e mediação, tendo em vista que a própria normatização que compreende estes institutos de autocomposição, busca estimular a autonomia dos indivíduos no conflito, ao invés de limitá-los apenas à esfera pública.

Para Fredie Didier Júnior (2015), a mediação e conciliação são formas de autocomposição onde um terceiro, dotado de habilidades propícias para tal negociação, auxilia as partes a chegarem a uma solução. Esse indivíduo, externo ao conflito, atua como um intermediador entre as partes, o que impede a confusão desses institutos com espécies de heterocomposição. Além disso, mister salientar que esses métodos de resolução apresentam certas diferença, uma vez que o conciliador atua de forma mais ativa na negociação, podendo até sugerir formas de solucionar a disputa, enquanto que o mediador não interfere na negociação e atua somente como um canal

de comunicação entre a partes, facilitando a discussão.

Seguindo esse raciocínio, Oliveira (2019, p. 32) aduz o seguinte:

> Para diferenciar esses dois meios de autocomposição, temos que levar em consideração em primeiro plano o papel do mediador e do conciliador que possuem relevante diferença. O mediador é um terceiro imparcial e sem poder decisório, que escolhido pelos interessados, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (Lei nº 13.140/2015, Art. 1º, parágrafo único). Já o conciliador atua na tentativa de obtenção da solução dos conflitos sugerindo a solução sem que possa impor sua sugestão compulsoriamente. O conciliador tenta provocar os interessados a solucionar o conflito acatando suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito que, entretanto, depende da anuência dos interessados.

Assim, em um primeiro momento, observa-se que a diferença existente entre a mediação e conciliação pode ser compreendida na atuação do terceiro participante da negociação. De forma que em um dos métodos esse indivíduo assume uma postura mais ativa na negociação, trabalhando junto com as partes para chegar a uma melhor solução. Enquanto que no outro, o terceiro passa a atuar fora do acordo, apenas auxiliando no diálogo.

Ademais, esses métodos de negociação também possuem outra diferença, com relação ao tipo de conflito. Vale destacar que não se trata de uma diferenciação absoluta, mas sim uma indicação do método mais adequado para caso concreto, pois nem sempre é possível identificar de início qual será mais apropriado. Logo, ao se tratar de problemáticas mais objetivas e de uma menor complexidade, onde as partes não possuem uma longa relação, é indicada a conciliação. Por outro lado, em se tratando de um antagonismo com características mais subjetivas, onde destaca-se uma relação duradoura entre os envolvidos, é recomendado a mediação.

Neste sentido, Thaís Oliveira (2019) entende que as técnicas utilizadas na mediação e na conciliação empregam um padrão normativo necessário para regular a conduta do terceiro e garantir a qualidade do processo, apresentado aos litigantes como algo que poderá aprimorar a qualidade do processo de resolução do conflito no qual estão envolvidos e consequentemente, os seus resultados.

No ordenamento jurídico brasileiro o dispositivo da mediação encontra disposição legal na Lei 13.140/2015, responsável por disciplinar acerca do meio de solução de controvérsias entre particulares, como também sobre a autocomposição de

conflitos no âmbito da administração pública. Assim, entende-se que no se tratar da mediação, também poderá ser aplicado, por extensão, à conciliação. Portanto, é evidente que pelo fato de ambos os institutos de autocomposição terem sido previstos pelo CPC de 2015, pode-se aplicar uma interpretação sistemática para o caso da conciliação, visto que não há disposição na própria legislação processual que trata do procedimento da conciliação.

Por fim, ainda com relação aos institutos da mediação e conciliação, é fundamental destacar os princípios, elucidados no Art.166 do CPC/2015, que norteiam-os, a fim de melhor compreender os valores almejados com as suas aplicações, sendo eles: independência, imparcialidade, normalização do conflito, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Dessa forma, segundo Thaís Oliveira (2019), Após a regulamentação da mediação e da conciliação no Código de Processo Civil e na Lei nº 13.140/2015, esses institutos vieram com o principal objetivo de descongestionar o judiciário e dar mais eficácia aos conflitos judiciais, ou seja, a implantação desses meios tende a acabar com a ideia que a sociedade idealiza que tudo se resolve por meio do judiciário.

## 7. ANÁLISE DE DADOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA ACERCA DOÍNDICE DE CONCILIAÇÃO NOS ÚLTIMOS 4 ANOS.

De início, antes de adentrar na análise de dados do CNJ, é necessário elucidar certas considerações. Assim, observa-se que este capítulo trabalha com a frase “índice de conciliação”, porém isso não implica em dizer que só foram contabilizadas as conciliações no processo. Este índice compreende o percentual de sentenças homologatórias de acordo com relação ao total de sentenças terminativas proferidas. Por fim, para situar melhor o período dos dados, esses relatórios são publicados em um ano, porém os dados apresentados e desenvolvidos são do ano anterior.

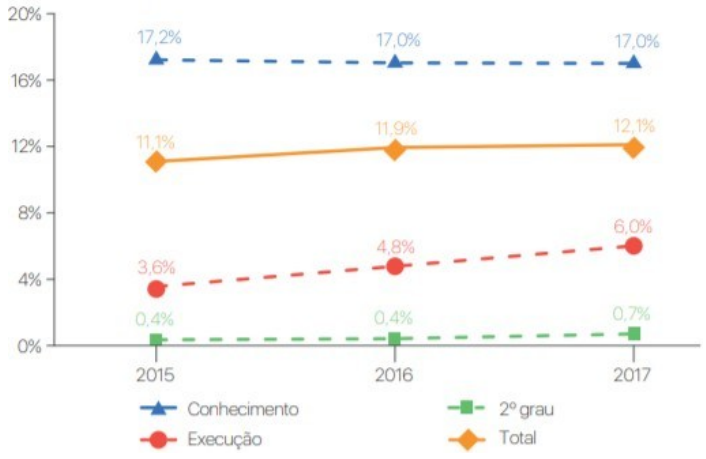
Além disso, vale destacar que esses dados são retirados de um relatório anual elaborado pelo próprio CNJ, Justiça em Números. Neste relatório, o conselho faz uma análise dos dados coletados na justiça brasileira, e além disso faz sempre um estudo com base nos anos anteriores. Dessa forma, neste capítulo, a presente pesquisa busca trazer esses dados para assim poder fazer uma análise prática acerca do uso da

mediação e conciliação na solução de conflitos, a partir de uma abordagem mais expositiva acerca dos dados apresentados a seguir:

## 7.1 JUSTIÇA EM NÚMEROS: RELATÓRIO DE 2018

Conforme apontado pela redação da Revista Consultor Jurídico (2018), no ano de 2017, a Justiça Brasileira homologou cerca de 3,7 milhões acordos por mediação ou conciliação, compreendendo assim um percentual de 12,1% num contexto de 31 milhões de sentenças proferidas no ano. É importante salientar que mesmo se tratando da redação de uma revista, esses dados foram retirados do relatório Justiça em Números 2018. Ademais, segundo o relatório, pôde-se observar uma crescente no percentual de resoluções ao longo dos anos de 2015 e 2016. O índice de conciliação foi de 11,1% e 11,9%, nesses últimos anos, respectivamente. No total, foi identificado um número de 27.586.077 sentenças proferidas no ano de 2015, com 2.997.547 homologações de acordos. Enquanto que no ano de 2016, o número foi de 30.732.421 sentenças terminativas e 3.602.015 homologações. Estes dados podem ser melhor visualizados no gráfico abaixo:

Figura 113: Série histórica do Índice de Conciliação




Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2018

## 7.2 JUSTIÇA EM NÚMEROS: RELATÓRIO DE 2019

De acordo com a agência CNJ de notícias (2019), no ano de 2018, a justiça proferiu cerca de 4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordos, compreendendo assim um percentual de 11,5% de todos os processos que tramitaram na Justiça nesse ano. Sendo 3,7 milhões na fase processual e 700 mil na fase pré-processual. A partir deste ponto os dados utilizados já passam a diferenciar-se dos anos anteriores, pois a partir deste ano que o relatório passou a considerar os acordos realizados na fase pré-processual, anterior à ação.

Ademais, o próprio relatório não se mantém apenas nos dados do respectivo ano, mas também se ocupa em realizar uma análise ao longo dos anos, que pode ser compreendida na série histórica do mesmo. Assim, o Relatório Justiça em Números de 2019 apresenta uma certa estabilidade na realização de acordos entre as partes do processo, como pode ser observado no gráfico abaixo:

Figura 112: Série histórica do Índice de Conciliação




Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2019

Observando o gráfico anteriormente apresentado, percebe-se que até o ano de 2018 o percentual de acordos realizados entre as partes se manteve estável, contudo, diferente do período de 2015 a 2017, onde pôde enxergar uma certa evolução nas negociações realizadas, percebe-se que em 2018 ocorreu uma leve queda nesse percentual.

## 7.3 JUSTIÇA EM NÚMEROS: RELATÓRIO DE 2020

Já no ano de 2019, o Relatório do CNJ, Justiça em Números, identificou que foram proferidas 3,9 milhões sentenças homologatórias de acordos no poder judiciário por todo o país, destacando assim um percentual de cerca de 12,5% dos processos que tramitaram na justiça naquele ano.

É certo que, de acordo com todo o estudo dos dados coletados e a apresentação da Agência CNJ de Notícias, observou-se que o índice de conciliação continuou apresentando uma certa estabilidade, sendo que, diferente do ano anterior, em 2019 pôde ser identificada pequena evolução no percentual e em sua série histórica, voltando assim a crescer o número de negociações entre as partes. Dessa forma, o relatório destacou que em um período de três anos, o número de acordos homologados cresceu cerca de 5,6%, conforme apresentado no gráfico seguinte:

Figura 125: Série histórica do índice de conciliação




Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2020

## 7.4 JUSTIÇA EM NÚMEROS: RELATÓRIO DE 2021

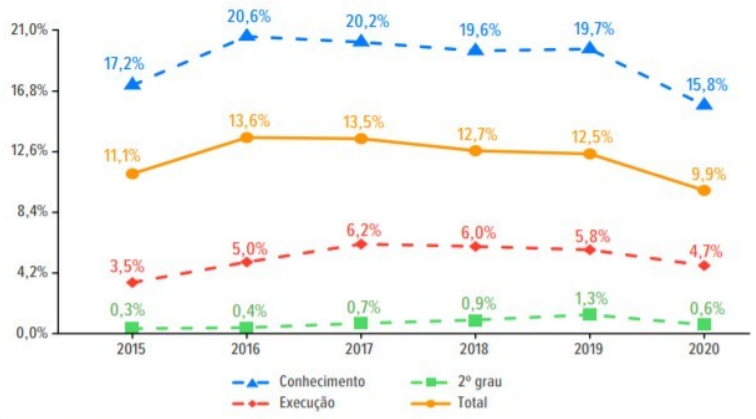
Antes de começar a apresentar os dados de 2020, é fundamental destacar que neste período o mundo viveu a pandemia do Covid-19, o que acarretou em muitas dificuldades no dia-a-dia de todos os seres humanos. No Brasil, não podia ser diferente, de forma que enfrentamos o lockdown, as restrições, o medo, dentre outros

problemas decorrentes da pandemia.

Acontece que todas as instituições precisam se readaptar para dar conta das demandas da população, porém o acesso a essas organizações foi extremamente prejudicado, o que afetou tanto a procura quanto o acesso. Portanto, não restam dúvidas que toda a estrutura do judiciário e dos julgamentos foi afetada por essa crise mundial, o que acabou por resultar numa grande diminuição da procura pela prestação jurisdicional.

De acordo com o relatório, amplamente discutido ao longo deste capítulo, mais de 2,42 milhões de acordos foram homologados pelo judiciário brasilero, ainda que a população estivesse passando por dificuldades com a pandemia da Covid-19, o que pode ser refletido num menor número de conflitos levados à justiça. Esse volume representa 9,9% do total de sentenças. Mesmo com um bom índice, ainda sim o resultado foi 37,1% menor do que o registrado em 2019, conforme destacado pelo gráfico seguinte:

**Figura 133 - Série histórica do Índice de Conciliação**




Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Vale salientar que neste período todas as audiências presenciais foram interrompidas, dificultando bastante o diálogo entre as partes do processo. Algo que pôde ser observado nas próprias audiências de mediação e conciliação. Se o método alternativo de solução de conflitos já evoluiu vagarosamente com todos os entraves da cultura do litígio e da implementação de uma nova perspectiva na sociedade, com a pandemia tudo piorou e o diálogo entre as partes, mesmo com os meios eletrônicos,

levando em conta que nem todos gozem dessa capacidade virtual, acaba sendo duramente prejudicada, levando assim a uma evidente diminuição nas negociações discutidas ao longo deste estudo.

## 8. CONCLUSÃO

É inegável a importância da autocomposição, mais especificamente a mediação e conciliação, para o combate à crise do congestionamento no judiciário, tendo em vista que trata-se de um importante resgate a métodos de resolução alternativos, capazes de tirar da justiça brasileira parte do peso referente a solução dos conflitos que demandam a tutela do estado.

Ao longo dessa pesquisa muitos apontamentos foram feitos acerca da judicialização excessiva, da crise no judiciário ou até da ausência por muito tempo de disposições legais necessárias para uma política de desjudicialização. Contudo, observa-se que muitas são as causas para os problemas vivenciados atualmente, e infinitas são as possibilidades de soluções.

Assim, entende-se que muito ainda tem de ser feito para podermos ter um sistema judiciário capaz de lidar adequadamente com todas as demandas. Porém, compreende-se que existem pontos basilares desta problemática que já são possíveis de encontrar uma certa evolução, ainda que não tão expressiva.

Dito isto, muito foi discutido acerca da enraizada cultura do litígio, fortemente presente não apenas nos profissionais do direito, como também na própria sociedade que busca uma solução para os seus conflitos. É certo que a maioria dos indivíduos componentes do processo recorrem à justiça, única e exclusivamente para obter uma tutela jurisdicional.

Sabe-se que o problema da morosidade não está em procurar o judiciário para proteger um direito lesado, mas se encontra no fato de demasiadas disputas demandarem essa proteção, e muitas vezes são questões simples que poderiam ser resolvidas com mais facilidade ou até mesmo entre as partes do processo. Logo, a principal questão aqui tratada é o volume de demandas e como isso poderia ser trabalhado com os indivíduos do conflito.

Sabendo disso, o Conselho Nacional de Justiça, através de sua Resolução N.º125

de 2010, buscou estimular a busca por soluções extrajudiciais para resolver divergências na justiça brasileira. A partir desse ponto, a nova legislação processual de 2015, influenciada pelo entendimento CNJ, passou a regular as práticas de autocomposição dentro do processo civil, a fim de estimular as partes a optarem pela autocomposição da demanda.

Ao analisar os dados disponibilizados pelo CNJ nos últimos 4 anos no Relatório Justiça em Números, percebe-se que pode ser identificada uma evolução no número de acordos homologados dentro e fora do trâmite processual, seja por mediação ou conciliação. E ainda com uma baixa devido a pandemia do Covid-19 e os entraves das audiências remotas, o último relatório ainda apresentou uma visão otimista acerca dos acordos realizados entre as partes ao longo de 2020.

Logo, ao destacar a importância dos institutos da mediação e conciliação no combate à morosidade processual ao longo desta pesquisa, torna-se fundamental elucidar formas de compreensão deste assunto. Assim como foi desenvolvido esse estudo, em um primeiro momento observa-se o entendimento teórico acerca desses institutos e os seus benefícios para a resolução da lide, a partir das considerações de estudiosos e doutrinadores do direito. Enquanto que em um segundo momento, compreende-se uma análise gráfica acerca da evolução de acordos homologados na justiça brasileira após o CPC de 2015.

Em síntese, é evidente que os acordos homologados no poder judiciário brasileiro representam uma pequena parcela de todos os processos que tramitam nos dias de hoje. Contudo, a partir da análise gráfica realizada e dos benefícios amplamente discutidos da autocomposição, foi possível perceber uma pequena evolução na utilização dos institutos da mediação e conciliação como formas de solucionar determinados conflitos, levados ao judiciário ou não.

Neste sentido, não restam dúvidas que é possível enxergar uma solução quando se trata da cultura do litígio, uma das causas de toda problemática discutida ao longo deste estudo, pois foi constatado que as partes do processo estão optando cada vez mais pela autonomia privada e deixando de lado o excessivo desejo pela tutela jurisdicional.

Portanto, não se pode dizer que os métodos da mediação e conciliação serão responsáveis por solucionar o problema da morosidade processual, uma vez que já foi demonstrado que essa questão está muito longe de ser resolvida, e que ainda será

necessário que mais políticas e soluções venham a ser desenvolvidas. Porém é cristalino o saber de que as ferramentas de autocomposição aqui apresentadas são fundamentais para o combate ao congestionamento de processos no poder judiciário brasileiro.

## REFERÊNCIAS


BARROSO, Luís Roberto. **RETROSPECTIVA 2008**: ano do stf: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democr atica?. Acesso em: 22 set. 2021.

OLIVEIRA, Thaís Barbosa de. **Reflexões Críticas do Novo Código Processual Civil**. 2. ed. Fortaleza: Editora Mucuripe, 2019. 235 p.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. 209 p.

MELO, Michelly Pereira. **DESJUDICIALIZAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS**. 2020. 112 f.
TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2020.

BALDUS, Margiane. **A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS A DESJUDICIALIZAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA. 2018. 75f. TCC (Graduação) - Curso de Direito,Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.**

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de Conflitos Ambientais**.Curitiba: Juruá, 2010.

REDAÇÃO. **Justiça em Números**: Brasil teve 3,7 milhões de ações encerradas por acordo em 2017, diz o CNJ. Brasil teve 3,7 milhões de ações encerradas por acordoem 2017, diz o CNJ. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-31/brasil-teve-37-milhoes-acoes-encerradas-ac ordo-2017. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018**. 14. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. 211 p.

BRASIL. Jeferson Melo. Agência Cnj de Notícias. **Judiciário homologou 4,4 milhões de acordos em 2018**. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/judiciario-homologou-44-milhoes-de-acordos-em-2018/. Acesso em: 9 nov. 2021.

BRASIL. Alex Rodrigues. Agência Cnj de Notícias. **Justiça em Números: 3,9milhões de acordos homologados em 2019**. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-39-milhoes-de-acordos-homologados-em-

2019/. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. DEPARTAMENTO DE PESQUISAS JUDICIÁRIAS. . **Justiça em Números 2019**. 15. ed. Brasília: Cnj, 2019. 234 p.

BRASIL. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**. 16. ed. Brasília: Cnj, 2020. 262 p.

Paula Andrade. **Justiça em Números: mais de 2,4 milhões de acordos homologados em 2020**. 2021. Disponível em:https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-mais-de-24-milhoes-de-acordos-homolog ados-em-2020/. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021**. 18. ed. Brasília: Cnj, 2021. 333 p.

RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbitodo Poder Judiciário e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, 26 de junho de 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 1973.

# **A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR FEMININO:** UMA ANÁLISE DA LEI Nº 9.263/1996 À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Isadora Bezerra Santos Vieira Pires[1]
Ana Mônica Medeiros Ferreira[2]

**RESUMO**

A Constituição Federal de 1988 expressa o direito do planejamento familiar em seu artigo 226, § 7º, como sendo de livre decisão do casal, cabendo ao Estado apenas propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. A Lei nº 9.263/1996 por sua vez regulamenta o planejamento familiar, dispondo acerca dos métodos contraceptivos e sua livre escolha, mas restringindo o acesso ao método cirúrgico da esterilização voluntária ao impor requisitos para a sua realização, limitando a autonomia dos indivíduos sobre o seu corpo, sua vida e a sua família. Nesse sentido, o artigo tem como objetivo analisar as legislações brasileiras que tratam do planejamento familiar à luz dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, em especial, autonomia privada, dignidade da pessoa humana e livre planejamento familiar, dando enfoque à liberdade da mulher. Para tanto, far-se-á uma análise comparativa entre o paradigma social vigente na criação da Lei nº 9.263/1996 e o paradigma atual, para, por fim, analisar se há violação dos princípios constitucionais pela lei que regulamenta o planejamento familiar. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, em que será utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo da observação dos princípios constitucionais, através dos procedimentos comparativo e histórico, analisando a evolução social sob a ótica da reprodução e das conquistas das mulheres, observando o período de criação da norma em questão até os dias atuais, por meio das análises de legislações, doutrinas e jurisprudências.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: isa_bpires@hotmail.com
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI- RN). E-mail: anamonicamf@gmail.com

**Palavras-chave:** Planejamento Familiar. Direito das mulheres. Livre Planejamento Familiar. Autonomia privada. Intervenção do estado.

**STATE INTERFERENCE IN FEMALE FAMILY PLANNING:** AN ANALYSIS OF LAW No. 9.263/1996 IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES.

**ABSTRACT**

The Federal Constitution of 1988 expresses the right to family planning as being of the couple's free decision at article 226, § 7, and the State is only responsible for providing educational and scientific resources for the exercise of this right. Law No. 9.263/1996 regulates family planning, providing for contraceptive methods and their free choice, but restricting access to the surgical method of voluntary sterilization to the important requirements for its performance, limiting individuos autonomy over their selfs body, their life and their family. In this sense, the article aims to analyze the Brazilian legislation that deals with family planning in the light of fundamental rights and constitutional principles, in particular, private autonomy, human dignity and free family planning, focusing on women's freedom. Therefore, a comparative analysis will be made between the social paradigm in force of the creation of Law No. 9.263/1996 and the current paradigm to finally analyze whether there is violation of constitutional principles by the law that regulates family planning. This is a qualitative research, in which the method of deductive approach will be used, starting from the observation of constitutional principles through comparative and historical procedures, analyzing social evolution from the perspective of reproduction and the achievements of women, observing the period creation of the rule in question to the present day through the analysis of legislation, doctrines and jurisprudence.

**Keywords:** Family planning. Women's rights. Free family planning. Private autonomy. State intervention.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo de décadas, as mulheres vêm conquistando diversos direitos. No

entanto, apesar da luta contínua e da evolução das conquistas femininas em diversas áreas, as mulheres ainda sofrem a interferência do Estado, quando diz respeito ao seu planejamento familiar.

Dentre as conquistas, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 7º, dispõe sobre o direito do planejamento familiar, limitando o papel do Estado a propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo de livre escolha do casal optar pelo uso de métodos contraceptivos e qual o método que melhor atende às necessidades individuais.

A Constituição Federal, por meio dos princípios constitucionais da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, além do direito ao livre planejamento familiar, à respeito deste tema, visa garantir a liberdade para aqueles que pensam sobre a reprodução tomarem decisões conscientes acerca do momento e da forma que melhor se adequem ao estilo de vida e à vontade de cada um.

Entretanto, atendendo a uma parte conservadora da sociedade, a Lei nº 9.263/1996 que regulamenta o planejamento familiar e, dentre outras disposições, determina requisitos para a realização da esterilização voluntária, limita a autonomia da mulher em tomar decisões quanto ao seu planejamento familiar, interferindo, assim, na sua vida e na sua família.

Este trabalho contextualiza a evolução da mulher na sociedade, as conquistas de direitos e liberdades acerca do seu corpo, da sexualidade e da reprodução, se fazendo importante questionar: Quais os limites do Estado na interferência das decisões sobre planejamento familiar pelas mulheres? Tal pergunta é o ponto de partida para discutir os direitos das mulheres no século XXI quanto ao método contraceptivo da esterilização voluntária.

A presente pesquisa visa analisar a legislação brasileira relacionada ao direito do planejamento familiar, em paralelo aos direitos fundamentais e princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada, da liberdade individual e do livre planejamento familiar, dando enfoque à liberdade da mulher para, então, buscar discutir se o Estado estaria violando esses preceitos com as restrições impostas para a realização da esterilização voluntária.

Trata-se de pesquisa qualitativa, em que é utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo da observação dos princípios constitucionais, através dos procedimentos comparativo e histórico, analisando a evolução social sob a ótica da

reprodução e das conquistas das mulheres, observando o período de criação da norma em questão até os dias atuais, por meio das análises de legislações, materiais bibliográficos e jurisprudências.

Ao final, por meio de uma síntese crítica, são apontados caminhos para a reflexão na Ciência do Direito sobre a temática do planejamento familiar à luz dos princípios constitucionais e do direito das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Inicialmente, se faz necessário elucidar sobre a evolução demográfica, contextualizar com o desenvolvimento histórico do planejamento familiar e a interferência do Estado nesse campo ao longo dos anos, refletindo à luz dos princípios constitucionais atualmente vigentes e da Lei nº 9.263/1996.

Em meados do século XVIII, Thomas Malthus desenvolveu uma teoria em que argumentava que a humanidade não conseguiria, jamais, "promover o desenvolvimento econômico, reduzir a pobreza e as taxas de mortalidade e aumentar a qualidade de vida das pessoas", demonstrando sua preocupação com o crescimento populacional (ALVES, 2014, p. 220).

A tese de Malthus afirmava que a relação entre a população e os meios de subsistência seria inversa, pois em algum momento na história a população seria maior do que a disponibilidade dos alimentos, o que impossibilitaria qualquer progresso social (ALVES, 2014, p. 220).

Esse pensamento surgiu em contraposição às ideias do iluminismo e da economia clássica que, a exemplo de Adam Smith, defendiam que o aumento no número dos habitantes era um marco decisivo para a prosperidade de um país, enxergando de forma positiva o crescimento demográfico (ALVES, 2014, p. 2).

No início do século XX, em meio a um contexto em que o pensamento predominante era de que as altas taxas de crescimento demográfico trariam como consequência o atraso econômico, surgiu a teoria neomalthusiana que, por sua vez, reformulou a teoria de Thomas Malthus.

A teoria neomalthusiana defendia que a expansão populacional era a maior fonte de miséria e, por isso, visava a intervenção estatal com a utilização de estratégias de controle da população, ou seja, programas com objetivo de reduzir a taxa de

fecundidade, principalmente nos países subdesenvolvidos.

Os anos de 1960 foram marcados por um "aumento desordenado da população e difusão da teoria neomalthusiana" (ANDRADE; SILVA, 2009, p. 2). Em meio a esse contexto, surgiu a primeira pílula anticoncepcional que passou a ser comercializada também no Brasil (DIAS e outros, 2018, p. 726).

Nesse sentido, como consequência das políticas internacionais que visavam a divulgação dos métodos contraceptivos modernos, voltadas à redução da população, desde o início da década de 1970 foram comercializados, sem obstáculos, a pílula anticoncepcional e o DIU (dispositivo intrauterino) e, com isso, observou-se queda no crescimento da natalidade (PEDRO, 2003, p. 3).

Mas apesar de a pílula ter sido uma grande conquista das mulheres por marcar a desvinculação do ato sexual à reprodução, bem como ter dado a mulher a possibilidade de escolher o momento desejado para engravidar, também foi utilizada como um meio de controle de natalidade para atender políticas antinatalistas[3].

Essas teses baseadas na teoria neomalthusiana traziam à população dados alarmantes sobre o perigo de superpopulação no mundo, sendo o Brasil um dos países cujo grande crescimento demográfico era preocupante. No entanto, não se tratava apenas de uma preocupação sobre recursos, emprego ou bem estar social, mas também envolviam questões políticas.

Segundo Joana Maria Pedro (2003, p. 4), "a política norte-americana passou a considerar a América Latina como um "continente explosivo"", ou seja, havia um temor de que o aumento da natalidade em países da América Latina pudesse contribuir com o aumento da pobreza no mundo, resultando num possível aumento no número de comunistas, o que seria uma ameaça aos ideais capitalistas defendidos por nações como os Estados Unidos da América.

Diante desse contexto, organizações internacionais sem fins lucrativos estimularam e incentivaram financeiramente a criação de entidades nacionais para implementar, como exemplo dos países latino-americanos, programas e estratégias de controle de natalidade.

Dado isso, no Brasil, ainda nos anos 1970 o Ministério da Saúde não tinha um posicionamento forte sobre o planejamento familiar, de forma que o Estado não se posicionava e dava espaço às ações das instituições de cunho controlista (COSTA, p. 2).

[3] São políticas que correspondem a medidas que visam refrear o número de nascimentos.

Senão vejamos:

> O crescimento demográfico no país era preocupante, pois os investimentos governamentais eram insuficientes para gerar empregos para um número cada vez maior de brasileiros que necessitavam trabalhar. Como consequência, o governo tornou-se mais tolerante com a atuação de algumas entidades não-governamentais, sem fins lucrativos, que promoviam o planejamento familiar, como a BEMFAM (Sociedade Civil Bem Estar Familiar do Brasil), a ABEPF (Associação Brasileira das Entidades de Planejamento Familiar), o CEPAIMC (Centro de Pesquisa e Assistência Integral à Mulher e à Criança), o CEPARH (Centro de Pesquisa e Assistência em Reprodução Humana). Essas entidades recebiam subsídios da *International Planning Parenthood Federation*, *Pathfinder Foundation*, *Rockfeller Foundation* etc. Por essa razão, eram severamente combatidas pela igreja e por forças políticas reacionárias, que viam sua atuação como uma maneira disfarçada de controle de natalidade (PEREIRA, 2011, p. 3).

O governo brasileiro não tinha uma posição explícita em proporcionar o controle de natalidade, pois os programas na área de planejamento familiar, na maior parte, não eram criados pelo Estado (PEDRO, 2009, p. 4), mas por essas entidades não governamentais que tiveram um papel importante na contenção da explosão demográfica que se esperava no Brasil.

A nível institucional, as universidades federais desenvolveram, nesta época, programas na área de planejamento familiar, sendo oferecidos todos os métodos contraceptivos permitidos, inclusive o cirúrgico, como a laqueadura e a vasectomia, com o objetivo de evitar um excesso populacional (PEREIRA, 2011, p. 4).

Segundo Joana Maria Pedro (2009, p. 5), dados estatísticos mostram o aumento no consumo de anticoncepcionais orais nesse período dos anos 1980, sem contabilizar aqueles que foram distribuídos em programas que dirigiam ao planejamento familiar: “em 1970, 6,8 milhões de cartelas de pílulas anticoncepcionais foram vendidas e, em 1980, este número subiu para 40,9 milhões”.

Por volta dos anos de 1980, os militares passaram a defender o controle demográfico de forma radical e surgiram as reações dos movimentos feministas e outros movimentos sociais no Brasil. Esses grupos também eram contra os argumentos pró-natalistas, pois defendiam, sobretudo, que fosse respeitada a vontade das mulheres na escolha da procriação (COSTA e outros, 1996, p. 2).

Como consequência desse contexto, as mulheres difundiram ainda mais o interesse pela liberdade ao controle da fecundidade, pretendendo ter acesso aos métodos contraceptivos para que tivessem autonomia de escolher quando e se quisessem engravidar, e passaram a desvincular o desejo e a vida sexual da

maternidade (COSTA e outros, 1996, p. 2).

Essas mudanças sociais e culturais cobravam ações e políticas públicas que atendessem às mulheres, principalmente, nas questões do planejamento familiar, tendo em vista que a interseção da mulher no mercado de trabalho, cada vez mais, trazia à elas a necessidade e o desejo de construírem sua independência, sendo cidadãs com direitos de igualdade com os homens e sendo protagonistas das suas decisões, seus corpos e suas vidas.

Ainda nos anos de 1980, "o Ministério da Saúde foi convocado a apresentar uma proposta de política concreta sobre o tema, e formulou o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM)", que, dentre outros objetivos, tinha a finalidade de desenvolver a posição do Brasil que seria apresentada na Conferência de População em 1984, no México (COSTA e outros, 1996, p. 2).

> Nesse processo, prevaleceu o discurso consensual baseado nos princípios do direito à saúde e na autonomia das mulheres e dos casais sobre a definição do tamanho da prole. Esse consenso construído entre governo e setores da sociedade civil teve como respaldo, no setor da saúde, o processo avançado da reforma sanitária em curso no país. Anos mais tarde, o Movimento da Reforma Sanitária contabilizaria sua grande conquista ao inscrever na Constituição Federal a saúde como direito do cidadão e o dever do Estado (COSTA e outros, 1996, p. 2).

A Constituição Federal (CF) de 1988, também conhecida como "Constituição Cidadã", trouxe em seu texto diversos direitos e garantias fundamentais baseados em princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade individual, igualdade entre as partes, autonomia privada, dentre outros.

O artigo 226 da CF, no seu § 7º, consagrou o direito ao planejamento familiar fundamentando-o nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, dispondo sobre a livre decisão do casal, bem como pela não interferência do Estado nesse processo de decisão e vedação a qualquer forma coercitiva ao exercício desse direito, conforme veremos a seguir.

## 3 O DESENVOLVIMENTO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para além da análise histórica no contexto social, faz-se necessário observar o planejamento familiar feminino consoante o ordenamento jurídico brasileiro, com

início no Código Civil promulgado em 1916, a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 9.263/1996 e o Código Civil (CC) de 2002.

O Código Civil de 1916, visando refletir a realidade da época em que foi criado, possui diversas disposições que tratam a família e a mulher de forma conservadora. Como exemplo, a mulher casada nem mesmo era considerada pessoa capaz civilmente, pois tinha um papel de dependência e obediência ao marido, como previa o artigo 6º originariamente, senão vejamos:

> Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:
> (...) II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. (...)

Porém, com as mudanças sociais e as conquistas da mulher na sociedade, em 1962 foi promulgada a Lei nº 4.121, também conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Dentre algumas inovações ao Código Civil de 1916, esta lei retirou o inciso II citado acima, de forma que as mulheres casadas não seriam mais consideradas incapazes.

No tocante à sexualidade e liberdade da mulher, o artigo 219, inciso IV, do CC/1916 trazia que seria caso de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge o defloramento da mulher, ignorado pelo marido, que era motivo de considerar o casamento anulável com fundamento no artigo 218.

Esses dois artigos, de forma absurda à perspectiva atual, claramente expõem a desigualdade de direitos entre as mulheres e os homens, pois essas mesmas disposições não eram direcionadas a eles, por atender às ideias da sociedade patriarcal e conservadora da época, colocando a mulher em posição de subordinação.

Nesse sentido, artigo 233 deste Código, originariamente, dispunha o marido como o chefe da sociedade conjugal, nem mesmo incluindo o papel da mulher na família. Assim:

> Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.
> Compete-lhe:
> I. A representação legal da família.
> II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).
> III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 36 e 233, nº IV).
> IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).
> V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Com o advento da Lei nº 4.121/1962, esse texto foi alterado, passando a incluir a mulher de forma colaborativa, determinando que "o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interêsse comum do casal e dos filhos". Ou seja, o marido era o titular, de forma que à mulher cabia um papel secundário em obediência ao chefe, para o bem do casal e dos filhos.

Ainda sobre o CC/1916, o Capítulo III, Título II, continha disposições sobre os Direitos e Deveres da Mulher, dentre outras, diversas situações em que a mulher ficava expressamente obrigada a ter autorização do marido para realizar atos válidos, de tal forma que a não autorização ou se não fosse suprida por decisão judicial, seria considerado ato inválido, conforme artigo 252 a seguir:

> Art. 252. A falta, não suprida pelo juiz, de autorização do marido, quando necessária (art. 242), invalidará o ato da mulher; podendo esta nulidade ser alegada pelo outro cônjuge, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Apesar de o Estatuto da Mulher Casada ter sido um marco na legislação brasileira para as mulheres, contribuindo com a emancipação feminina, também demonstrou atraso das normas perante as conquistas sociais. Dessa forma, ainda trouxe o marido como chefe da sociedade conjugal, em que pese inserir a mulher em um papel colaborativo, por exemplo.

Outra grande mudança que esse Estatuto trouxe ao texto do Código Civil de 1916 refere-se à retirada do pátrio poder, pois o artigo 380 original previa que "durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher". A partir de 1962, com a vigência da Lei nº 4.121, passou a dispor da seguinte forma:

> Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo- o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)
> Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Portanto, apesar de serem mudanças importantes, essenciais e marcantes às conquistas das mulheres, ainda eram incompatíveis com os avanços sociais, ficando as mulheres sempre na luta por direitos frente a um ordenamento jurídico conservador e

patriarcal.

Entretanto, as maiores conquistas, não apenas às mulheres, se deram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que no seu artigo 5º assegurou que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros. Assim dispõe que:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Nesse sentido, pela primeira vez no ordenamento jurídico foi mencionado o termo "planejamento familiar", disposto no artigo 226, caput, que trata da família como base da sociedade e ainda, no parágrafo 7º que:

> § 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.

Assim, determina que cabe livremente ao casal decidir sobre o planejamento familiar, sendo, inclusive, "vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas", enquanto, ao Estado, compete apenas assegurar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (SOUSA, 2019, p. 9).

Portanto, o Estado deve propiciar às famílias técnicas de reprodução ou tratamentos de infertilidade nos casos em que não se consigam reproduzir naturalmente. Também tem o dever de oferecer métodos contraceptivos diversos àqueles que não desejam ter filhos, cabendo a eles escolherem o que melhor se adeque ao propósito e estilo de vida (SOUSA, 2019, p. 12-13).

O planejamento familiar tem a função de "evitar que famílias sejam formadas de formas indesejadas, sem quaisquer condições de sustento ou manutenção de vida", bem como possibilitar que as famílias se formem no tempo desejado e na forma adequada em cada caso concreto (SOUSA, 2019, p. 12).

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro, até o ano de 1996, não englobava mais detalhes sobre o direito ao livre planejamento familiar. Naquele ano,

em 12 de janeiro, foi sancionada a Lei nº 9.623/1996 que regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, dispondo mais informações sobre este direito.

Segundo esta lei, o planejamento familiar pode ser entendido como sendo um conjunto de ações de regulação da fecundidade, garantindo direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Então, o dispositivo legal considera "um ato consciente de escolher entre ter ou não filhos de acordo com seus planos e expectativas" (CARDIN; ROSA, 2009, p. 5).

O planejamento familiar é tido como um direito básico de cidadania, devendo ser entendido no contexto dos direitos sexuais e reprodutivos para garantir ao indivíduo que ele possa regular a fecundidade e decidir, livremente e responsavelmente, por ter ou não filhos, através do uso dos métodos contraceptivos (ANDRADE; SILVA, 2009, p. 2).

Então, o planejamento familiar vai além da reprodução e da contracepção. O ordenamento jurídico brasileiro afirma que não deve ser vinculado a esse direito políticas de controle demográfico e que deve ser garantido a autonomia dos indivíduos. Este direito engloba questões de saúde, educação em saúde e sexualidade, disseminação de informações à população para que seja realmente fortalecida e efetivada a livre escolha dos métodos contraceptivos, que devem ser disponibilizados pelo Estado.

O Código Civil vigente (Lei nº 10.406/2002) não trouxe novidades quanto ao planejamento familiar, e em seu artigo 1.565, § 2º apenas repete o texto constitucional ao expressar que "o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas".

Por outro lado, foi um marco na conquista de direitos das mulheres, pois igualou a mulher ao homem em termos de direitos e capacidades civis, deu autonomia à mulher acerca das opções de regimes de casamento e, dentre outras mudanças, retirou o pátrio poder denominado agora de poder familiar. Com isso, o homem e a mulher passam a ser os responsáveis pela família e criação dos filhos na mesma proporção, de acordo com a lei.

Acerca do direito ao planejamento familiar, o nosso ordenamento jurídico é claro quanto ao exercício desse direito, o qual deve ser de livre decisão pelo casal, que possui autonomia e liberdade de escolha, limitando, de acordo com a Constituição

Federal vigente e a Lei de Planejamento Familiar, a atuação do Estado à propiciar condições para o exercício desse direito.

## 4 DEFINIÇÃO DE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O termo planejamento familiar é utilizado para representar direitos das pessoas sobre a reprodução ou não, visando a orientação dos diversos métodos contraceptivos ou tratamentos para infertilidade, buscando, assim, dar aos cidadãos a autonomia de escolher entre ter ou não filhos.

De maneira ampla, o Ministério da Saúde (1999) define que:

> Planejamento familiar é o direito que toda pessoa tem à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter ou não ter filhos.

Essa definição claramente tem como principal objetivo a autonomia das pessoas, levando em consideração que o direito ao acesso às informações é essencial para construir a livre expressão da vontade, necessária para formar a consciência de cada um sobre a capacidade de decidir acerca da reprodução nos seus planos de vida.

Assim, "a autonomia é a capacidade de pensar, decidir e agir, com base no livre pensamento e decisão independente" (COSTA, 1996, p. 3). Colaborando com essa ideia, o Ministério da Saúde (1999) complementa que:

> O número, o espaçamento entre eles e a escolha do método anticoncepcional mais adequado são opções que toda mulher deve ter o direito de escolher de forma livre e por meio da informação, sem discriminação, coerção ou violência.

Por conseguinte, desde 1988 o Ministério da Saúde produz o Manual Técnico do Planejamento Familiar (2002) visando capacitar os profissionais de saúde da rede pública para que possam oferecer informações atualizadas sobre anticoncepção e apoiar as mulheres e casais nas decisões sobre a escolha do método contraceptivo, "garantindo à mulher, ao homem ou ao casal os elementos necessários para a opção livre e consciente do método que a eles melhor se adapte" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002, p. 11).

> Neste sentido, o Planejamento Familiar deve ser tratado dentro do contexto dos direitos reprodutivos, tendo, portanto, como principal objetivo garantir às mulheres e aos homens um direito básico de cidadania, previsto na Constituição Brasileira: o direito de ter ou não filhos/as (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002, p. 7).

Todas essas definições se baseiam no texto constitucional, que em seu artigo 226, § 7º, determina que "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" (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, para regulamentar este parágrafo citado acima, em 1996 foi promulgada a Lei nº 9.263 que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências, mas não traz inovação sobre o conceito do termo em estudo, apenas reiterando o disposto na Constituição Federal.

Trazendo uma reflexão importante, Elizabeth Maria Fernandes Cortez e Ivete Palmira Sanson Zagonel (2011) definem o planejamento familiar como sendo "parte integrante de um conjunto de ações educativas prioritárias à mulher/família, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde". Ou seja, não é possível isolar o termo planejamento familiar na prática, pois trata-se de políticas de atenção às famílias, em todas as suas fases.

É significativo compreender o planejamento familiar sob essa ótica ampla, de forma que não se resume à reprodução, apenas, mas desde o atendimento do adolescente em seu início de vida sexual, o acesso à informação sobre métodos contraceptivos, a saúde ginecológica da mulher, a decisão sobre a reprodução, o acompanhamento da gestante e da puérpera, bem como a saúde da mulher e da família.

Entretanto, é certo que a contracepção, bem como a escolha sobre a reprodução são decisões de suma relevância para uma mulher e por isso costuma ser o objeto principal do planejamento familiar, uma vez que a gravidez traz um resultado, em tese, irreversível, que mudará por completo a vida da mulher em todos os sentidos.

O termo planejamento familiar, segundo Elizabeth e Ivete (2011), surgiu como uma forma de suavizar o termo usado inicialmente - "controle de natalidade" -, pois com o desenvolvimento social essa denominação antiga passou a ter um sentido pejorativo, como sendo um "rótulo para identificar a ação de uma pessoa no controle

da necessidade reprodutiva".

Assim, considerou-se que o termo controle de natalidade "seria inadequado por sugerir caráter compulsório da definição de quantos filhos o casal poderia ter" (CORTEZ; ZAGONEL, 2011, p. 297). Em contrapartida, planejamento familiar trouxe uma ideia de autonomia, em que cada pessoa definiria o momento e quantidade de filhos que desejava ter, se assim quisesse.

> O conceito tem mudado nos últimos anos, acompanhando a evolução mundial pautada pelas diversas Conferências Internacionais. Assim, de um conceito estritamente ligado à ideia de limitação ou espaçamento dos nascimentos, evolui-se para contracepção como prevenção de uma gravidez não desejada (...) (CORTEZ; ZAGONEL, 2011, p. 297).

Contudo, o conceito de planejamento familiar vem se adaptando e acompanhando o desenvolvimento sociocultural e demográfico, bem como os avanços científicos ao longo dos anos, aperfeiçoando a definição de um termo restrito para um mais amplo.

## 5 ANÁLISE DA LEI Nº 9.263/96 À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como mencionado acima, a Lei nº 9.263/96 surgiu para regulamentar o artigo 226, § 7º da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, além de estabelecer penalidades e dá outras providências.

O texto desta lei supracitada prevê expressamente no artigo 1º que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão. Em seguida, aborda a amplitude do planejamento familiar, que não se trata apenas das questões de contracepção, mas vai além, abordando outras questões de saúde, como é possível observar no artigo 3º:

> Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.
> Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no **caput**, obrigam- se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:
> I - a assistência à concepção e contracepção;
> II - o atendimento pré-natal;
> III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;
> IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;
> V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de

> próstata e de pênis.

No artigo seguinte, a lei em análise traça, mais uma vez, a função do Estado a respeito desse direito ao livre planejamento familiar, vejamos:

> Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Dessa forma, resta claro que o Estado deve assegurar aos cidadãos o livre exercício do planejamento familiar, promovendo, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) as condições e os recursos diversos para esse fim. Uma dessas ações públicas é o oferecimento de métodos e técnicas conceptivas e contraceptivas, devendo ser levado em consideração pela equipe de saúde as necessidades individuais, como prevê o artigo 9º:

> Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Observou-se que, em que pese existir violações do direito fundamental ao planejamento familiar estabelecido em nossa legislação, as mulheres encontram dificuldade em buscar resolver os conflitos perante o Poder Judiciário. Dessa forma, é importante apontar que o preconceito e o sistema patriarcal são também obstáculos ao acesso à justiça.

Exemplificativamente, ao realizar uma busca na Consulta Pública do Processo Judicial Eletrônico (PJe) no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, foram encontrados 24 resultados utilizando-se como critério de busca "planejamento familiar; laqueadura" no período de 01/01/1996 a 01/09/2021.

Dessas decisões, 16 foram no sentido de deferir o pedido de realização da cirurgia de laqueadura tubária em mulheres que, apesar de atenderem a todos os requisitos impostos pela legislação específica, tiveram o procedimento negado pelo plano de saúde[4]. Observa-se, com isso, o desrespeito ao direito da mulher que sofre

[4] EMENTA: CONSTITUCIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E

com as limitações impostas pelo Estado e, mesmo cumprindo-as, ainda enfrenta dificuldades burocráticas das empresas de plano de saúde que desconsideram o direito de escolha da laqueadura tubária.

Dos resultados obtidos, 2 decisões foram no sentido de deferir o pedido de indenização da mulher que engravidou após ter se submetido à laqueadura tubária na intenção de não mais engravidar. Nesses casos, é importante ressaltar que a autonomia da mulher tem que ser respeitada no decorrer de todo o procedimento, através do consentimento acerca da escolha pela laqueadura tubária, como também sobre as consequências e efeitos desse método, dentre eles, a possibilidade de reversão natural. Assim, apesar de ser considerado um método contraceptivo irreversível e, por isso, sofrer forte interferência do Estado, importa aqui que a mulher tenha acesso a todas as informações para exercer a escolha do método que melhor lhe atenda[5].

Utilizando-se dos mesmos critérios em pesquisa no PJe do Superior Tribunal de Justiça, foram obtidas 7 decisões, sendo 5 delas analisando pedidos de indenização de mulheres que tiveram a reversão da cirurgia de laqueadura tubária,

---

INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. **PLANO DE SAÚDE. PLEITO DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE LAQUEADURA TUBÁRIA. NEGATIVA DE COBERTURA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE - ANS. ENTENDIMENTO JÁ FIRMADO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA DE QUE O REFERIDO ROL DETÉM CARÁTER MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO E NÃO TAXATIVO**. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. PLEITO DE MINORAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO ARBITRADO. DESCABIMENTO. CONHECIMENTO E
DESPROVIMENTO DO RECURSO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Desembargadores que integram a 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em Turma, à unanimidade de votos, em consonância com o parecer da 8ª Procuradoria de Justiça, em conhecer e negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator convocado, que integra o julgado (APELAçãO CíVEL, 0812830-72.2017.8.20.5001, Dr. HOMERO LECHNER DE ALBUQUERQUE, Gab. Des. Claudio Santos na Câmara Cível, ASSINADO em 05/02/2021). (grifo da autora)

[5] APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA Nº 0803434-27.2016.8.20.5124 APTE/APDA: JOSENEIDE FERREIRA DA SILVA ADVOGADO: MARCOS ANTONIO INÁCIO DA SILVA APTE/APDO: MUNICÍPIO DE PARNAMIRIM RELATORA: DESEMBARGADORA JUDITE NUNES EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PLEITO AUTORAL. LAQUEADURA TUBÁRIA. NOVA GESTAÇÃO. **TERMO DE LIVRE CONSENTIMENTO NÃO JUNTADO AOS AUTOS. DEVER DE INFORMAÇÃO QUE NÃO RESTOU CUMPRIDO. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PLANEJAMENTO FAMILIAR.** INTELIGÊNCIA DO ART. 10, § 1º, DA LEI N.º 9.263/96. CARACTERIZADO DEVER DE INDENIZAR. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO. PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. OBRIGAÇÃO PRECÍPUA DOS PAIS. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA NESSE PONTO. MANUTENÇÃO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DO MUNICÍPIO CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores que integram a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em Turma, à unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso da parte autora, e pela mesma votação, conhecer e dar parcial provimento ao apelo do Município e a Remessa Necessária, nos termos do voto da Relatora, que integra o acórdão (APELAÇÃO CÍVEL, 0803434-27.2016.8.20.5124, Dr. JUDITE DE MIRANDA MONTE NUNES, Gab.
Desª. Judite Nunes na Câmara Cível, ASSINADO em 21/10/2020). (grifo da autora)

engravidando após o procedimento. Nesse sentido, a busca pelo Poder Judiciário se dá em razão da falta de informação a elas no decorrer do procedimento de esterilização voluntária. Como é amplamente conhecido como um método contraceptivo irreversível, as mulheres buscam realizá-lo para satisfazer a vontade de não engravidar, procurando-o como uma opção definitiva.

Assim, como qualquer outro método contraceptivo, é papel do profissional de saúde informar a respeito dos efeitos, inclusive, os riscos. Trata-se de um dever do médico conforme dispõe o Código de Ética Médica[6] e um direito de informação do paciente, que precisa expressar a ciência das informações e consentir para a realização da esterilização voluntária, respeitando a autonomia da vontade em realizar ou não a cirurgia.

A violação ao direito de planejamento familiar tanto se dá pela inobservância do direito à informação sobre a possibilidade de reversão do procedimento cirúrgico de laqueadura tubária, como também na realização dessa cirurgia com ausência de consentimento da mulher. Em ambos os casos, observa-se uma indiferença dos envolvidos em relação à decisão da mulher e o respeito à sua vontade e ao seu corpo.

Entretanto, a análise dessas decisões judiciais merece destaque para o fato de que poucas mulheres buscam o Poder Judiciário para requerer autorização para a realização da laqueadura tubária sem preencher os requisitos legalmente impostos. Reflete a carência de informações das mulheres de seus direitos fundamentais, mas também uma conformação diante da negativa inicial do médico. Esses posicionamentos demonstram a forte cultura machista enraizada, inclusive, nas mulheres que não buscam defender o direito de dispor do próprio corpo, o respeito à autonomia privada, a livre escolha do método contraceptivo, bem como o direito de liberdade individual e exercício do planejamento familiar.

Atendendo aos objetivos desta pesquisa, será aprofundado o estudo da esterilização voluntária apenas em relação às mulheres, pois "as mulheres são, por certo, aquelas a quem mais interesse o amplo acesso às informações, meios e métodos relativos ao planejamento reprodutivo" (ADI 5097/DF, p.13).

Portanto, apesar do artigo 9º não especificar quais métodos contraceptivos devem ser oferecidos, percebe-se, pelo texto, que a intenção do legislador era garantir a

[6] Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

saúde, usando como referência para isso que os métodos sejam cientificamente aceitos e preservando, a todo o tempo, a importância da liberdade de escolha da mulher.

Sobre essa temática, em defesa da autonomia da vontade das mulheres, tramita no Superior Tribunal Federal (STF) duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), questionando a constitucionalidade de algumas exigências estabelecidas no artigo 10 da Lei nº 9.263/1996.

Conforme se vê da fundamentação da ADI 5097, ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP), requerendo a declaração da inconstitucionalidade do parágrafo 5º deste artigo 10:

> As mulheres são, por certo, aquelas a quem mais interessa o amplo acesso às informações, meios e métodos relativos ao planejamento reprodutivo.
> Ana Claudia Silva Scalquette afirma: "Tendo sido examinados os principais princípios relacionados ao direito ao planejamento familiar, resta-nos concluir que a mulher é, indubitavelmente, aquela que mais sofre as consequências da decisão de ter um filho, pois é aquela que, em regra, carrega a criança em seu ventre durante os nova meses de gestação, que passa pelas dores do parto, que se submete a um procedimento cirúrgico, que tem o dever de alimentar o seu filho recém-nascido por meio da amamentação, ou que, principalmente, busca a realização da maternidade superando todos os obstáculos físicos, sociais e jurídicos, alem de continuar desempenhando todos os papeis que, até então, exercia, como o de esposa e de profissional." (Mulher e planejamento familiar, in Mulher, sociedade e direitos humanos: Homenagem à Professora Doutora Esther de Figueiredo Ferraz, São Paulo: Rideel, 2010, p. 447).
> Nesse sentido, toda mulher deve exercer o seu direito ao planejamento reprodutivo de forma consciente e livre de qualquer interferência, tanto do Estado como de qualquer outro indivíduo. A escolha sobre ter ou não ter filhos, ou sobre o número de filhos que terá, deve ser feita pela mulher, como titular do direito à liberdade de escolha e de disposição sobre o seu próprio corpo (ADI 5097/DF, p. 13-14).

Do artigo 1º ao artigo 9º, a Lei nº 9.263/1996 garante a autonomia individual dos cidadãos, limitando o papel do Estado apenas a oferecer recursos, estrutura, profissionais e meios informativos e educacionais para orientá-los, visando uma tomada de decisão consciente.

No entanto, no artigo 10, que prevê a laqueadura tubária como um dos meios de esterilização voluntária permitido para o exercício do planejamento familiar e contracepção, o Estado passa a interferir no processo de escolha da contracepção da mulher, restringindo-o ao cumprimento de requisitos que limitam a autonomia e a liberdade da mulher, senão vejamos:

> Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes

> situações:
> I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;
> II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.
> § 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.
> § 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.
> § 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.
> § 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.
> § 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.
> § 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Primeiramente, este artigo tem por finalidade determinar um rol taxativo das situações em que poderão ser realizadas a esterilização voluntária, retirando o direito de que mulheres maiores e capazes escolham livremente sobre o método de contracepção que melhor lhe atenda e no momento que lhe é adequado, limitando, assim, o exercício da autonomia privada.

No inciso I do artigo supra, o legislador fixou como requisitos para que possam realizar a esterilização voluntária aqueles com capacidade civil plena e maiores de 25 anos ou que, apesar de não preencherem esse primeiro requisito, tenham, no mínimo, dois filhos vivos.

Essa exigência da idade mínima é aleatória, tendo em vista que não coaduna com a maioridade civil que é adquirida aos 18 anos, passando a responder por si e pelos atos praticados, conforme prevê o artigo 5º do Código Civil de 2002: "A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil".

Nessa mesma perspectiva, a ADI 5911 ajuizada no STF pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) requerendo a declaração de inconstitucionalidade deste inciso I e do

parágrafo 5º, do artigo 10, da Lei nº 9.263/1996, fundamenta que:

> Como se sabe, a maioridade civil no Brasil é adquirida aos 18 anos de idade (art. 5º, caput, do Código Civil), momento em que decisões definitivas, tais como a adoção, podem ser tomadas. Não há qualquer justificativa plausível que ampare a obrigatoriedade de 25 anos como idade mínima. Por sua vez, a exigência dos dois filhos vivos acaba por indiretamente criar um "dever de procriação" para as jovens e estabelecer um "número ideal" de filhos, o que não se coaduna com o direito à autonomia privada (ADI 5911/DF, p. 3).

Além das hipóteses previstas no inciso I, exige-se, ainda, que seja observado o intervalo de pelo menos sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, com o objetivo, segundo o próprio texto, de desencorajar a decisão da mulher em optar por este método contraceptivo, a fim de evitar a "esterilização precoce".

Percebe-se assim que, diferentemente dos demais métodos de contracepção permitidos, a esterilização voluntária possui, além de requisitos legais e taxativos, diversos obstáculos burocráticos para a sua prática, tendo em vista que após tomada a decisão em querer realizar esse procedimento, a mulher ainda será questionada e desencorajada sobre sua escolha, como se a vontade individual não tivesse peso suficiente para arcar com as consequências da cirurgia.

O texto legal, ao impor restrições à mulher para decidir sobre o seu planejamento familiar, demonstra uma posição machista, conservadora e de interferência do Estado na vida privada da mulher plenamente capaz. A questão da fecundidade da mulher fica, ainda, atrelada ao direcionamento do Estado sobre o seu corpo, impedindo o exercício da liberdade conquistada pelo advento dos métodos contraceptivos, principalmente relacionado à distinção entre a função sexual e a reprodutora.

Pelo inciso II do artigo 10, por sua vez, é permitido que a esterilização voluntária seja realizada quando for atestada por escrito, por dois médicos, o risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto. Entende-se tratar-se de uma exceção ao inciso I, não sendo requisitos cumulativos.

Ou seja, no caso de a mulher não ser maior de 25 anos nem ter, ao menos, dois filhos vivos, é permitida a cirurgia de esterilização voluntária se ela ou o futuro concepto estiverem em situação de risco à vida ou à saúde, desde que dois médicos testemunhem essa situação por escrito. Esse requisito traz à cirurgia de laqueadura

tubária uma ideia de que se trata de um procedimento utilizado em casos de urgência, não expressando sua função contraceptiva intencional por desejo da mulher. Aqui, o legislador invade até mesmo a esfera médica, de forma que mesmo em se tratando de um procedimento necessário à saúde, para ser realizado, precisa ser duplamente atestado por dois profissionais.

Levando em consideração que a esterilização se trata de um procedimento considerado irreversível, na maioria das vezes, o parágrafo 1º traz como condição à realização desse procedimento que a paciente registre expressamente em documento escrito e firmado a manifestação de sua vontade após ter recebido informações sobre os riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e conhecimento de opções de contracepção reversíveis existentes.

Assim como qualquer procedimento cirúrgico ou qualquer indicação de método contraceptivo, o paciente possui o direito à informação, sendo este um dever do profissional médico para garantir a autonomia privada, o respeito à escolha e o conhecimento dos efeitos desses procedimentos. Este parágrafo nada mais é do que o reconhecimento da importância da vontade do indivíduo, nesse caso em questão, da mulher, que precisa expressar que recebeu informações e que quer realizar a cirurgia. Entretanto, essa mesma ideia central é contrariada em diversas situações descritas no artigo 10 ao reprimir a vontade da mulher.

Em seguida, o parágrafo 2º veda a esterilização cirúrgica durante o parto ou aborto, salvo nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores. Assim, o Estado vem, mais uma vez, interferir no planejamento familiar, determinando o momento em que a mulher pode se submeter a essa cirurgia.

A mulher, por um longo período da história, foi submissa às decisões impostas, inclusive, sobre seu corpo e seu planejamento familiar. A regra era que as meninas obedecessem aos pais e, ainda adolescente, eram entregues, literalmente, a um homem com quem se casariam e passariam a servir, em todos os sentidos, inclusive dando-lhe filhos. Como observado por Simone de Beauvoir (2009), tradicionalmente, a sociedade propõe à mulher esse destino, mas com a evolução econômica da condição feminina a posição da mulher na sociedade e na relação conjugal evoluiu significativamente, não resumindo-a à função reprodutora.

Com essa evolução, permite a compreensão de que a decisão da mulher, maior e capaz, pela realização da esterilização cirúrgica dá-se por motivos pessoais que

dizem respeito apenas a ela, responsável pelas suas ações e escolhas, não cabendo ao Estado determinar o melhor momento para isso, mas sim a ela, de acordo com as suas conveniências e condições. O momento escolhido para a realização da laqueadura tubária pela mulher retira dela o encargo de submeter suas decisões e planos ao Estado.

Dando continuidade à análise da Lei nº 9.263/1996, o parágrafo 5º condiciona a esterilização à autorização do cônjuge, impedindo que a mulher exerça sua vontade sobre a escolha do método contraceptivo de forma livre, configurando, inclusive, violência doméstica, conforme estabelece a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, em seu artigo 7º. Vejamos:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, **que a impeça de usar qualquer método contraceptivo** ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; (grifo da autora)

Nesse sentido, portanto, verifica-se que a necessidade de autorização do cônjuge para a realização da esterilização, quando da vigência do vínculo conjugal, impedindo a mulher de escolher o método contraceptivo, caracteriza uma violação aos princípios constitucionais da autonomia privada, da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, impedir a mulher de livremente fazer a opção da esterilização, não apenas demonstra a interferência do Estado no exercício do "livre" planejamento familiar, como ainda a coloca em posição de inferioridade em relação ao cônjuge, refletindo uma posição machista e conservadora do Estado em relação aos direitos da mulher.

Representa, assim, a ideia patriarcal de que a mulher, quando casada, depende da aprovação do marido para os atos da vida civil, o que não mais é aceito pelas evoluções na sociedade que coadunam com as disposições legais do Código Civil. Logo, não respeita que a mulher casada é sujeito ativo nas decisões que interferem sobre o seu corpo, não cabendo mais o pensamento de que é obrigada a gerar uma vida sem

que seja da vontade dela, como bem considera Simone de Beauvoir (2009, p. 552), ao refletir que apesar de existir aquelas mulheres que não podem ter filho e recorrem a tratamentos como inseminação artificial, há também aquelas que não querem ter filhos, mas sofrem pressão da sociedade:

> (...) acontece, em compensação, que se ache muitas vezes obrigada a gerar contra a sua vontade. Gravidez e maternidade são vividas de maneira muito diferente, caso se desenvolvam na revolta, na resignação, na satisfação, no entusiasmo. É preciso considerar que as decisões e os sentimentos confessados da jovem mãe nem sempre correspondem a seus desejos profundos.

Além disso, o disposto no parágrafo 5º vai de encontro ao estabelecido no artigo 9º da própria Lei nº 9.263/1996, que prevê a garantia da liberdade de opção pelo método contraceptivo, visando o exercício do direito ao planejamento familiar, *verbis*:

> Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Em concordância com esse entendimento, as ADIs 5911 e 5097, já citadas, requerem no STF a declaração de inconstitucionalidade do texto do parágrafo 5º, fundamentadas pela violação aos princípios constitucionais nos seguintes termos:

> A presente ação visa demonstrar que essas exigências afrontam direitos fundamentais, contrariam tratados internacionais firmados pelo Brasil, além de divergir dos principais ordenamentos jurídicos estrangeiros.
> Em primeiro lugar, questiona-se a exigência de consentimento do cônjuge como requisito obrigatório para a esterilização voluntária. A autonomia da vontade individual, reflexo direto da dignidade da pessoa humana, pressupõe que decisões personalíssimas, tais quais as que envolvem direitos reprodutivos, não podem sujeitar-se à anuência de terceiros, nem mesmo de um cônjuge.
> Além disso, embora a exigência do consentimento aplique-se tanto para o homem como para a mulher, o que pressupõe igualdade formal da norma, a leitura não pode ser feita de forma descontextualizada, sem considerar o descomunal desequilíbrio nas relações de poder entre homens e mulheres na sociedade.
> (...)
> Assim, ao condicionar a realização do procedimento de esterilização à anuência do cônjuge, bem como à idade de 25 anos ou à existência de dois filhos vivos, chegando ao cúmulo de tipificar como crime a realização da laqueadura sem o preenchimento desses requisitos (art. 15 da Lei n. 9.263/96), os dispositivos ora questionados vulneram o princípio da

> dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a liberdade individual e o direito à autonomia privada (art. 5º, caput, CF) (ADI 5911/DF, p. 2-3).
> A lei traz ainda no parágrafo 5º de seu artigo 10 a exigência de autorização expressa do cônjuge na vigência da sociedade conjugal para a realização do procedimento de esterilização voluntária. Percebe-se que o legislador, ao disciplinar a matéria, procurou evitar a esterilização precoce; no entanto, indiretamente, acabou também por desestimular tal prática, o que vai de encontro ao preceito constitucional (artigo 226, §7º, da CF/88) e aos documentos internacionais de direitos humanos. Por certo, a esterilização cirúrgica, por ser método contraceptivo irreversível (ou de difícil reversibilidade), há de ser adotada pelo indivíduo de forma livre e consciente. Nesse sentido, deve o Estado garantir o amplo acesso à informação sobre tal método, e jamais interferir na escolha do indivíduo, de modo a desestimulá-lo ou desencorajá-lo.
> (...)
> A disciplina legal para a realização do procedimento de esterilização voluntária, trazida pelo artigo 10 da Lei n.9.263/96, mostra-se em desacordo com o disposto no artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal, como já explicitado.
> Nesse tocante, cumpre agora analisar um dispositivo em especial, a saber, o parágrafo 5º do artigo 10 da Lei n.9.263/96, que assim dispõe: "§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges." A exigência aqui trazida vai de encontro à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada e à dignidade humana (artigo 1º, III, e artigo 5º, caput, da Constituição Federal), bem como ao conteúdo do artigo 226, §7º da nossa Constituição (ADI 5097/DF, p. 15-16).

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual e o direito à autonomia privada são garantidos a todo cidadão através da Constituição Federal de 1988. No tocante à dignidade da pessoa humana, logo no artigo 1º do texto constitucional, inciso III, tem-se que:

> 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:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> **III - a dignidade da pessoa humana;**
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político." (grifo da autora)

Na visão de Maria Berenice Dias (2007, p. 25):

> Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só a vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz.

No sentir de Alexandre de Moraes (2006, p. 16), a dignidade da pessoa humana:

> (...) concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Trata-se de um conceito importante, presente no artigo 1º da Declaração Internacional de Direitos Humanos (ONU, 1948) e em Tratados Internacionais, como na Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1969), artigo 11, conforme se vê:

> Artigo 1 - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (ONU, 1948)
> Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas (BRASIL, 1969).

O direito à liberdade individual, trazido na Constituição Federal de 1988, a primeira após o fim do Regime Militar, representa uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito, após anos de governos autoritários no Brasil.

Com isso, a Carta Magna vigente trouxe diversos direitos fundamentais e garantias às liberdades civis, bem como deveres ao Estado, demonstrando a importância do direito à liberdade individual, expresso no artigo 5º:

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

Consoante com esse pensamento, Daniel Sarmento (2005, p. 205) afirma que:

> É flagrante no discurso constitucional a preocupação com a efetividade da liberdade, e com a garantia, enfim, das condições materiais indispensáveis ao seu exercício, o que se evidencia diante do generoso preâmbulo, do amplo rol de direitos sociais consagrado, e ainda dos princípios norteadores da ordem

> econômica e da ordem social brasileiras acolhidos pelo constituinte.

Dentre os direitos que garantem o exercício da liberdade dos cidadãos, o constituinte previu, como exposto, o direito ao livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, impondo ao Estado o dever de propiciar recursos diversos para garantir o exercício desse direito. Por sua vez, o direito à liberdade individual está intimamente ligado ao princípio constitucional da autonomia privada. Segundo Daniel Sarmento (2005, p. 182), "a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno".

A autonomia privada é um princípio amplo, pressuposto da democracia, que pode ser relacionado, também, à dignidade da pessoa humana, podendo ser entendido como sendo "a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual" (SARMENTO, 2005, p. 168) e como instrumento de realização do princípio da liberdade (VIEIRA, *apud* SARMENTO, 2005, p. 168).

Assim, para que o indivíduo possa exercer plenamente a liberdade individual, a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana, garantidos constitucionalmente, o Estado tem que assegurar as condições materiais necessárias para que cada um, de acordo com suas necessidades e conveniências, realizem conscientemente as escolhas que dizem respeito à sua vida individual, desde que não violem direitos de terceiros, conforme entendimento de SARMENTO (2005):

> Portanto, pode-se concluir que, afora raras posições radicais em sentido contrário, converge o pensamento jusfilosófico contemporâneo para a idéia de que a garantia tanto da autonomia pública do cidadão como da sua autonomia privada são vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana. Da mesma forma, é lícito dizer que é amplamente dominante a concepção, de resto até intuitiva, de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutar delas de forma consciente (SARMENTO, 2005, p. 181).
>
> Deve caber sempre às pessoas a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem direitos de terceiros. O papel do Estado é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas, e não o de orientar as vidas individuais para alguma direção que se repute mais adequada (SARMENTO, 2005, p. 186).

A partir dessas análises, vê-se que aqueles requisitos necessários à realização da esterilização voluntária impostos pela Lei nº 9.263/1996, conflitam com o próprio

direito constitucional ao livre planejamento familiar.

Para além disso, conforme demonstrado na exposição acima, os requisitos violam os princípios constitucionais da autonomia privada, da dignidade da pessoa humana e da liberdade individual. Ademais, restringem o direito da mulher de optar pelo método contraceptivo que melhor lhe atenda, limitando também o direito de dispor do seu próprio corpo em relação a uma decisão que só atinge a ela mesma.

Dessa forma, conforme ficou demonstrado, ao impor requisitos para o exercício do livre planejamento familiar o Estado intervém na vida da mulher, determinando o momento e as situações em que esse direito pode ser exercido, ou seja, interfere sobre a escolha dela de ter ou não ter filhos. Esta decisão, somente a ela caberia, tendo em vista tratar-se de pessoa com capacidade civil plena.

## 6 CONCLUSÃO

O planejamento familiar foi estabelecido pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, § 7º. Porém, somente foi regulamentado em 1996 com a Lei nº 9.263.

Apesar dos avanços dos direitos das mulheres no texto constitucional, no tocante à esterilização voluntária esta lei trouxe um posicionamento conservador e patriarcal que não refletiu as diversas conquistas do papel das mulheres na sociedade e nas relações familiares.

Antes da previsão constitucional do direito ao livre planejamento familiar, os métodos contraceptivos não eram acessíveis às mulheres de forma livre. Estas, geralmente tinham suas decisões limitadas por serem reféns de discussões políticas que giravam em torno da taxa de natalidade do país.

Enquanto alguns defendiam o incentivo à natalidade, como Thomas Malthus, sob a ótica de que quanto maior a população, maior o crescimento econômico, outros, como os defensores da teoria neomalthusiana, afirmavam que a alta taxa de natalidade era um perigo ao desenvolvimento econômico, pois era fonte de miséria, principalmente nos países subdesenvolvidos, ficando, a vontade da mulher, em posição secundária.

Nesse contexto, em 1960 surgiu a primeira pílula anticoncepcional que passou a ser comercializada também no Brasil. Porém, apesar de representar uma evolução na

liberdade sexual da mulher, a pílula anticoncepcional era utilizada em diversos países, erroneamente, como método de controle da natalidade, retirando e interferindo na autonomia privada da mulher, que deveria utilizá-la por escolha própria.

No Brasil, embora não houvesse políticas públicas de incentivo ao uso de métodos anticoncepcionais, ações nesse sentido eram oferecidas por entidades não governamentais e pelas universidades, que tiveram como consequência, por volta dos anos 1990, uma redução significativa no crescimento demográfico. Portanto, verificou-se que, ao longo dos anos, mesmo diante de uma sociedade conservadora e patriarcal, as mulheres foram fortalecendo os direitos assegurados a elas, conquistando espaço no mercado de trabalho, na política, o que a tornou mais independente para tomar a decisão acerca da reprodução ou não.

Como reflexo legislativo, a Lei nº 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) foi um marco por alterar artigos do Código Civil de 1916 vigentes à época, trazendo direitos às mulheres, principalmente a capacidade civil da mulher e sua participação na família de forma colaborativa, retirando o pátrio poder.

Apesar dessas conquistas serem, ainda, insuficientes para a real autonomia da mulher, foi um avanço significante, tanto que o Código Civil de 2002 reproduziu algumas dessas mudanças, inclusive no tocante ao direito de planejamento familiar trazido no texto constitucional apenas em 1988.

A Constituição Cidadã trouxe, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao planejamento familiar no artigo 226, § 7º, que determina ser direito do casal a livre decisão sobre o planejamento familiar, sendo papel do Estado apenas propiciar condições a esse exercício, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Por outro lado, não dispôs sobre a aplicação desse direito.

Apenas em 1996 foi publicada a Lei nº 9.263, que regula o artigo 226, § 7º da Constituição Federal, trazendo disposições acerca do planejamento familiar, direitos dos indivíduos, deveres do Estado e algumas proibições. Em seu artigo 10, trata de requisitos para a esterilização voluntária, dentre elas a laqueadura tubária em mulheres.

Porém, apesar de o Ministério da Saúde (1999) conceituar "planejamento familiar" como sendo "o direito que toda pessoa tem à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente

por ter ou não ter filhos", este artigo 10 limita-o por trazer requisitos que fogem da razoabilidade para a realização da esterilização voluntária.

Enquanto os artigos 1º ao 9º desta lei disporem sobre direitos dos indivíduos em respeito à garantia da autonomia individual, as exigências trazidas pelo artigo 10 a respeito da esterilização voluntária contrapõem essa ideia, pois, dentre outros, exige uma idade mínima que não corresponde à maioridade civil ou exige uma quantidade mínima de filhos.

Além disso, há outros requisitos que limitam a autonomia e a liberdade da mulher, como a respeito do momento da realização desse procedimento cirúrgico, em que precisa atender um intervalo mínimo de sessenta dias entre a data de autorização expressa pela mulher e a data da cirurgia, além de ser proibida a laqueadura tubária durante o parto.

Não suficientes essas exigências fugirem do papel do Estado, o legislador ainda dispôs no parágrafo 5º que, além de todos os requisitos tratados ao longo do artigo 10, "na vigência da sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges". Assim, retira por completo a autonomia da mulher em dispor do seu corpo e dos planos da vida dela como melhor lhe atender e a posiciona como dependente da aprovação do marido para exercer um ato da vida civil.

Em conflito com esse requisito, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) considera ser uma das formas de violência doméstica contra a mulher a violência sexual que se dá, dentre outras, quando se impede que a mulher use qualquer método contraceptivo. Ou seja, o não consentimento do homem exigido no parágrafo 5º para a realização da laqueadura tubária caracteriza violência doméstica contra a mulher por impedi-la de usar o método contraceptivo escolhido por ela.

Em resumo, o artigo 10 fixa um rol taxativo de situações em que poderão ser realizadas a esterilização voluntária, retirando o direito de que mulheres maiores e capazes escolham livremente sobre o método de contracepção cientificamente aceito que melhor lhe atenda e no momento que lhe é adequado, limitando, assim, o exercício da autonomia privada e excedendo o papel do Estado na vida dela.

Sob a ótica constitucional, esse artigo 10 viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual e do direito à autonomia privada, que são de grande importância para o exercício da democracia e das conquistas trazidas pela

Constituição Cidadã de 1988 e todos os avanços sociais após anos de lutas femininas por direitos e respeito.

Por esse motivo, tramita no Supremo Tribunal Federal duas ações diretas de inconstitucionalidade, as quais são: ADI 5097/DF ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 5º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996 e a ADI 5911/DF sob autoria do Partido Socialista Brasileiro, que tem esse mesmo pedido além de também requerer a declaração de inconstitucionalidade do inciso I do artigo 10.

Contudo, diante da análise da Lei nº 9.623/1996 e, mais especificamente, do artigo 10 que trata dos requisitos para realização da esterilização voluntária, observa-se o posicionamento intervencionista do Estado. Assim, o legislador de forma patriarcal e conservadora, interfere na liberdade de escolha das mulheres que querem utilizar a laqueadura tubária como método contraceptivo.

Isto posto, apesar dos avanços sociais em direção à separação da função sexual e da função reprodutora da mulher, os requisitos observados neste trabalho claramente retiram da mulher a autonomia de planejar sua vida em relação à reprodução. Não consideram os diversos prejuízos que a não realização da laqueadura tubária pode ocasionar na vida da mulher, como uma gravidez indesejada, tendo em vista que após confirmação, o Estado intervém novamente ao proibir a realização do aborto em caso de não desejar ter filho, sendo este, outro tema de suma relevância nos dias atuais para o reconhecimento e respeito dos direitos das mulheres.

No mais, o Estado invade a autonomia privada em relação a uma decisão que cabe apenas à mulher, se quer ou não ter filhos exercendo o direito ao livre planejamento familiar sem sofrer pressão ou intervenção, mas em respeito a uma decisão pessoal e consciente. Por fim, realiza-se uma síntese crítica com escopo de contribuir para a reflexão da Ciência do Direito

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. População, desenvolvimento e sustentabilidade: perspectivas para a CIPD pós 2014. **Rev. bras. estud. popul.**, Rio de Janeiro, v.31, n.1, jan.-jun. 2014, p.219-230. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-30982014000100013>. Acesso em: 18 set. 2021.

ANDRADE, Érica da Conceição; SILVA, Leila Rangel da. Planejamento familiar: uma

questão de escolha. **Revista Eletrônica de Enfermagem**, v. 11, n. 1, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.5216/ree.v11.46874>. Acesso em: 20 out. 2020.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição da República Federal do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

_____. **Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. **Lei n. 11.340, 07 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5.911/DF**. Relator: Ministro Nunes Marques. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>. Acesso em: 11 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5.097/DF**. Relator: Ministro Nunes Marques. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>. Acesso em: 11 out. 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. **Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas.** XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/223.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

COELHO, Elga Berger Salema. Enfermagem e o planejamento familiar: as interfaces da contracepção. **Revista Brasileira de Enfermagem**, nov-dez de 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reben/v58n6/a07v58n6.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica:** Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2021.

CORTEZ, Elizabeth Maria Fernandes; ZAGONEL, Ivete Palmira Sanson. Implicações culturais no planejamento familiar e qualidade de vida da mulher/família e a teoria de Leininger. **Cogitare Enfermagem**, [S.l.], v. 16, n. 2, jun. 2011. ISSN 2176-9133. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/21818/14228>. Acesso em: 18 set. 2021.

COSTA, Ana Maria, e outros. Planejamento familiar no Brasil. **Revista Bioética**, v. 4, n. 2, 1996. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso em: 20 out. 2020.

GIL, Antônio. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** São Paulo: Atlas S.A, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Tânia Maria e outros. **A pílula da oportunidade:** discursos sobre as pílulas anticoncepcionais em A Gazeta da Farmácia, 1960-1981. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.25, n.3, jul.-set. 2018, p.725-742. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-59702018000400007>. Acesso em: 19 set. 2021.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 out. 2021.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

PANASIEWICZ, Roberlei; BAPTISTA, Paulo Agostinho N. **A ciência e seus métodos:** os diversos métodos de pesquisa, a relação entre tema, problema e método de pesquisa. Universidade FUMEC de Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <http://ppg.fumec.br/ecc/wp-content/uploads/2016/12/MetodCientifica_02.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2020.

PEDRO, Joana Maria. A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de

geração. **Revista Brasileira de História**, v. 23, n. 45, Julho 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbh/v23n45/16527.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes. A história da reprodução humana no Brasil. **FEMINA**, v. 39, n. 2, Fevereiro 2011. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2011/v39n2/a2450.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada.** Boletim Científico. ESMPU, Brasília, a. 4, n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da- autonomia-privada>. Acesso em: 28 out. 2021.

SOUSA, Natália Nascimento de. **Planejamento familiar e esterilização voluntária:** a intervenção do estado na autonomia do indivíduo e a violação do direito ao livre planejamento familiar. 2019. 56 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20116>. Acesso em: 22 out. 2020.

# A MISTANÁSIA DAS PESSOAS TRANSEXUAIS DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Ana Luisa Albuquerque de Lima Freitas [1]
Walber da Cunha Lima[2]

**RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo principal a discussão acerca das inúmeras violações de direitos primordiais sofridas pela comunidade transexual dentro do sistema carcerário brasileiro e a sua correlação com a mistanásia. Também é de suma importância trazer à luz do debate as condições precárias estruturais, os preconceitos/ignorância advindos das administrações prisionais e dos demais apenados, além das discriminações da própria sociedade como um todo. Através da revisão bibliográfica de artigos científicos, legislações, tratados de direitos humanos e doutrina, busca-se elencar os principais causadores da mistanásia desse grupo social. Outro ponto essencial é denunciar a falta de interesse das governanças na coleta de dados referente ao assunto onde sequer se sabe com exatidão o número de indivíduos transexuais sob guarda do Estado, dificultando o mapeamento das violências e dos óbitos bem como sua relação com amorte miserável.

**Palavras-chave:** Mistanásia. Encarceramento. Transexuais. Direitos humanos. Bioética.

**THE MISTHANASIA OF TRANSGENDER PERSONS WITHIN THE BRAZILIANPRISON SYSTEM.**

**ABSTRACT**

The main objective of this work is to discuss the numerous violations of

[1] Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email:analuisaalima@hotmail.com
[2] Professor-orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do CentroUniversitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br.

fundamental rights suffered by the transsexual community within the Brazilian prison system and its correlation with mythanasia. It is also extremely important to bring to light the structural precarious conditions, prejudices/ignorance arising from prison administrations and other inmates, in addition to the discrimination of society as a whole. Through the bibliographical review of scientific articles, legislation, human rights treaties and doctrine, we seek to list the main causes of mythanasia in this social group. Another essential point is to denounce the lack of interest of governments in collecting data on the subject where the number of transsexual individuals under State custody is not even known, making it difficult to map violence and deaths as well as their relationship with miserable death .

**Keywords:** Misthanasia. Incarceration. Transsexuals. Human rights. Bioethics.

## 1 INTRODUÇÃO

A *Mistanásia* é um termo, de certa forma, recente relacionado diretamente a morte em decorrência da miséria e de diversas violências sendo elas físicas, psicológicas, políticas e sociais, principalmente relacionadas a preconceitos como a xenofobia, LGBTQfobia, aporofobia, misoginia entre outras tantas quantas formas de discriminação que possam gerar a indignidade e, consequentemente, a morte.

Essas formas de violência vêm sendo impostas ao longo dos anos aos mais diversos grupos sociais, entre eles, estão as mulheres transexuais, que, diariamente, convivem com todo tipo de violência decorrente do preconceito. Esse cenário se agrava ainda mais quando estas mulheres são sujeitadas ao nosso sistema prisional. Com uma população de quase 700 mil pessoas, tendo capacidade para apenas 440 mil[3], se somam diversos tipos de violações à dignidade da pessoa humana e inúmeras violações de direitos humanos de forma geral. Dentro das prisões brasileiras, essas mulheres continuam sendo marginalizadas e desumanizadas pela "sociedade" que passam a pertencer, porém também pelo próprio sistema carcerário que fecham os olhos para as singularidades que mulherestransexuais apresentam.

Cada violação dos direitos à dignidade sofridas por essas detentas, culminam

[3] Dados coletados no portal de noticias do G1 em 18/09/2021 - https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/05/17/com-sistema-prisional-superlotado-populacao-carce raria-cresce-9percent-no-parana-em-2021.ghtml

para um fim trágico e prematuro: a morte. Seja através da violência física, psicológica, a falta de acesso à saúde, as dificuldades econômicas, o abandono por parte do Estado acrescido de muitas das vezes, do abandono da família, finda neste fim. Reiteradamente, a negligência estatal já está presente nas vidas dessas pessoas muito mesmo antes do cárcere, e é este cenário que ocasiona em seus encarceramentos.

Com base nesta conjuntura, o presente trabalho tem por objetivo discutir a ”morte miserável” das pessoas transgênero que se encontram sob a custódia do Estado cumprindo pena em regime de reclusão em unidade prisional, expondo de forma didática os conceitos de *Mistanásia*, identidade de gênero e transexualidade a fim de garantir a melhor compreensão dos termos utilizados ao longo do presente trabalho. Também é proposto como objetivo a reiteração das violações dos direitos inerentes à condição de transexualidade dentro da comunidade carcerária, além de expor as consequências dessas violações para esses indivíduos que podem resultarna *Mistanásia*.

A fim de atingir os objetivos elencados para este trabalho, será utilizado como metodologia o método de abordagem hipotético-dedutivo. Se tratando de uma pesquisa com a finalidade de analisar o fenômeno da Mistanásia dos transexuais dentro do sistema carcerário, identificando as falhas deste sistema e por fim visando levantar medidas e soluções para a problemática, será utilizado também o método tipológico. Para alcançar o resultado requerido será empregada as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental com pesquisas e levantamento de dados em artigos científicos publicados, livros, doutrina e normas legais.

## 2 A MORTE DO PONTO DE VISTA BIOÉTICO

A bioética é uma área do conhecimento responsável pelas discussões a respeito de questões envolvendo diversas áreas de conhecimento como a medicina, biologia, tecnologia, direitos humanos, essas áreas repercutem na vida dos indivíduos e da sociedade como um todo. Através delas podemos debater a respeito das condições básicas necessárias como seres humanos para vivermos uma vida com dignidade, visando o bem-estar tanto na vida quanto na hora da morte.

Esses debates a respeito da morte, os quais são, para muitas pessoas, de extremo desconforto, do ponto de vista da bioética surgem da necessidade de humanizar e dignificar este momento, tanto para o indivíduo em si como para os familiares e para

as equipes profissionais envolvidas. Este debate só é possível com a envoltura das mais diversas esferas do conhecimento e deve estar em constante aperfeiçoamento, seguindo as modificações sociais ocasionadas pelos avanços da sociedade e de suas tecnologias e das mudanças socioeconômicas, culturais e científicas que passam a gerar novas demandas e problemáticas assim como também novas resoluções.

Partindo do objeto de estudo do presente trabalho, é necessário, primeiramente, a compreensão dos conceitos de morte segundo a bioética. Esses conceitos não estão relacionados com a morte em si, mas com os caminhos que se seguem até o encerramento da vida assim, como com os questionamentos atrelados a ela. É imprescindível a transcorrência da morte de forma natural, com o mínimo de sofrimento envolvido possível, assim como, a realização de todas as medidas cabíveis para a sua prevenção.

Para Sanches e Seidl (2013), a partir do momento em que não é mais possível a restauração da saúde através de métodos terapêuticos, qualquer aplicação técnica de medidas para prolongar a vida do paciente trata-se de medidas desnecessárias que podem ocasionar inclusive por prolongar o sofrimento daquele indivíduo. Neste caso, a bioética denomina tal ação como *distanásia*, onde há o diferimento da vida quando não existe mais motivo para tal. Quando não há este tipo de ação e é possível observar o decorrer natural dessa fase da vida humana, é intitulado de *ortotanásia,* sendo essencial medidas que visam amenizar qualquer tipode sofrimento físico e psíquico.

Porém, em contramão ao conceito de *distanásia,* a conduta de acelerar o processo de morte de um indivíduo sendo ela, através da realização de alguma ação em específico a fim de acarretar seu objetivo (ativa) ou, deixando de realizar alguma intervenção necessária para a continuidade da vida (passiva), é denominada de *eutanásia.* Vale ressaltar que há diferenças entre a eutanásia passiva e ortotanásia bem como relatado por Menezes, Selli e Alves (2009), na ortotanásia a morte é decorrente da doença em si, porém, na eutanásia passiva, a enfermidade ainda não atingiu seu ponto fatal e a morte decorre da ausência de cuidados necessário para amanutenção da vida.

Nestes preceitos, são discutido o conceito de morte levando em consideração o acometimento de doenças, em um decorrer natural da vida e que podem ser enfrentadas de formas diferentes, porém partindo do ponto de sempre visar o melhor bem-estar para cada paciente e para seus familiares, o que torna todo o debate acerca da ética de suma complexidade uma vez que envolve religião, princípios morais e filosóficos,

aspectos psicológicos e físicos.

Contudo, nem sempre a vida segue o rumo natural e principalmente, para muitas pessoas, a vida é interrompida de forma mais desumana e prematura ainda em decorrência das diversas dificuldades sociais, econômicas, culturais, religiosas, de identidade de gênero ou orientação sexual, sendo submetidas a violências decorrentes desses preconceitos. Esta morte prematura e miserável é intitulada de *Mistanásia.*

## 3 MISTANÁSIA: A MORTE SOCIAL

Como dito por Lima (2017, p. 14) "antes de se buscar um morrer digno, deve-se empenhar ao máximo para se alcançar um viver digno." Baseado nessa primícia, que surge na América Latina, decorrente da realidade vivida pela sociedade aqui presente, o termo *Mistanásia*, que se refere às mortes ocasionadas pelas inúmeras mazelas que acometem nossos povos. A realidade latino-americana, diferentemente da América do Norte, convive diariamente com um contexto preocupante de violência, pobreza, déficit educacional, fome, e marginalização de vários grupos sociais.

Todo este cenário culmina, para um grande e crescente número de mortes decorrentes da ausência de direitos básicos primordiais para a manutenção da vida desses indivíduos e de suas famílias. Essas mortes podem decorrer do desgaste físico e psíquico advindos de condições de trabalho degradantes, falta de acesso a saneamento básico, pouca alimentação e/ou de má qualidade, abuso de drogas lícitas e ilícitas, violência urbana, envolvimento com atividades criminosas, pouco ou nenhum acesso a saúde e as mais diversas necessidades não supridas vindo, comumente, somadas umas às outras.

A Mistanásia engloba, portanto, as mortes decorrentes do abandono social de uma parcela da população marginalizada, entregue à própria sorte, muitas vezes, sem chance alguma de lutar em favor da manutenção de seus direitos e garantias fundamentais.

### 3.1. O DIREITO À VIDA, À DIGNIDADE E À SEGURANÇA: ANÁLISE A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.

A evolução do conhecimento científico serve à humanidade como garantidora

dos direitos naturais do homem. O estabelecimento de patamares civilizatórios representa o progresso e ápice da capacidade humana enquanto transformadores da sua própria realidade.

A Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988) positiva como mandamento constitucional dentro do conjunto de direitos e garantias fundamentais, o conteúdo material do que versam os tratados internacionais sobre direitos humanos. Por tanto falar sobre o direito à vida, dignidade e segurança é também falar sobre os pilares da construção do Estado democrático de Direito brasileiro.

A efetiva proteção social, garantida no artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988) é, talvez, o núcleo do princípio norteador, a dignidade da pessoa humana. De forma cristalina, o artigo 5º versa, em seus 74 incisos, sobre a manutenção dos níveis aceitáveis de existência humana dentro do nosso ordenamento jurídico. Assim, em nome da segurança jurídica e do direito adquirido, é necessário o estabelecimento e defesa dos pré-requisitos mínimos para uma qualidade de vida decente.

De acordo com Alexandrino (2014, *apud* Santos Junior at al, 2017), o direito à vida citado no caput do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988) não se refere apenas ao ato de sobreviver fisicamente, esta também se refere a importância da dignidade da pessoa humana como um dos alicerces para o Estado democrático de Direito.

Assim como dito por Paiva e Bichara (2011, p.8), é necessário analisar as normas constitucionais, os tratados internacionais e toda a legislação infraconstitucional para que possamos considerar a responsabilização do Estado brasileiro pelas inúmeras violações que acarretam grande parcela de seus cidadãos livres e restritos de liberdade.

No que diz respeito aos Direitos Humanos Internacionais, como referência inicial, há a criação da Declaração Universal de Direitos do Homem em 1948, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, como forma de proteção do ser humano frente às barbáries cometidas pelo Estado contra seu próprio povo. Foi necessária a criação de uma Comissão Internacional de Direitos Humanos, visando proteger os indivíduos de possíveis violações além de embasar a criação de normas internas de cada povo. Esta declaração avançou para a elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos e de convenções que deram origens a pactos entre as nações, a fim de promover a liberdade, Direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (DO AMARAL JÚNIOR e PERRONE-MOISÉS, 1999, p. 15-18).

> A preocupação com os direitos humanos está hoje refletida nos mandatos de quase todas as organizações internacionais. O respeito a esses direitos é percebido como indispensável para a busca dos ideais da paz e para a promoção do desenvolvimento. Os Estados são, assim, responsáveis por manter progressos na realização dos direitos humanos mesmo em condições políticas e econômicas adversas, como a atual crise econômica, e não podem ser indiferentes a crises humanitárias que envolvam violações graves e sistemáticas às normas internacionais sobre o tema. (AMORIM, 2009, p. 67)

Porém, o que são esses Direitos Humanos? Para Borges (2006, p. 5) são "um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade humanas", ou seja, a busca concretização pela dignidade da pessoa humana, devendo estas estarem devidamente positivadas dentro dos ordenamentos de cada Estado.

Seguindo e validando os acordos e tratados desenvolvidos pela Organização das Nações Unidas, o Poder Constituinte, na elaboração da Carta Magna (BRASIL, 1988), elenca como um dos principais fundamentos do Estado a manutenção da Dignidade da pessoa humana, assim como descrito no primeiro artigo, sendo ela o parâmetro norteador para as tomadas de decisões estatais. Por este motivo, a nossa Constituição (BRASIL, 1988) é considerada uma das mais avançadas no que diz respeito aos Direitos Humanos.

Porém, a realidade se mostra muito aquém daquilo que foi proposto pelo constituinte a 33 anos atrás. Para que haja a devida manutenção dos Direitos Humanos é necessário a visibilidade, por parte do Estado, de cada grupo social, de cada indivíduo, segundo as suas particularidades para a projeção de políticas públicas com finalidade de combater as violências e promover o bem-estar social. (ANDRADE, CARTAXO E CORREIA, 2018, p. 499)

## 3.2. IDENTIDADE DE GÊNERO, SEXUALIDADE E ORIENTAÇÃO SEXUAL.

Como forma de inserção dentro das agendas governamentais de políticas públicas, têm-se intensificado as discussões envolvendo a comunidade LGBTQIA+, trazendo-os ao enfoque da mídia, dos debates informais, bem como dentro da própria academia. Questões envolvendo a saúde, o bem-estar, a criação de normas e legislações e o reconhecimento da grande falha do Estado para com esta parte considerável da nossa sociedade, que, por discriminação e preconceitos, foram marginalizados e deixados à

própria sorte sem acesso a direitos humanos básicos.

Porém, para muitas pessoas, os conceitos de identidade de gênero, orientação sexual e sexualidade, assim como suas diferenças e nuances, não se fazem claras, além de outros conceitos que envolvem a comunidade LGBTQIA+, se fazendo necessário o seu esclarecimento.

Nossa sociedade está baseada em uma divisão binária cisgênero e heteronormativa, ou seja, baseando-nos no órgão genital com o qual nascemos, somos divididos entre homens e mulheres onde o relacionamento deve acontecer entre sexos opostos, não cabendo nenhum outro tipo de indivíduo que esteja afastado deste modelo.

> Para superar esse erro no trato de questões tão importantes para os direitos humanos, os conceitos de identidade de gênero e orientação sexual são imprescindíveis. Estes são conceitos amplos e abertos que abarcam tanto as expressões de gênero e sexuais da população heterossexual como da homossexual – logo, mulher e homem, na concepção geral do termo, continuarão a se afirmar como pessoas que são sujeitos de direitos. (LEÃO e CASTANHO, 2017, p. 89)

A compreensão de que este arquétipo organizacional da sociedade não condiz com a realidade, deixando as margens uma grande parcela de indivíduos, privando-os de usufruir de seus direitos básicos e causando-lhes sofrimentos em decorrência de preconceitos e discriminações, inicia um caminho de correção deste cenário.

Do ponto de vista biológico, o que determina quais indivíduos são homens e quais são mulheres, é o conjunto de órgãos reprodutivos que estes trazem consigo, as suas células reprodutivas ou um par de cromossomos. É a partir destas características que todo o comportamento social será definido, "*meninos fazem isso e meninas fazem aquilo"*. Porém, para Gomes de Jesus (2012, p.8), nenhum destes elementos importa para a construção da identidade de gênero, mas sim a autopercepção que cada indivíduo possui de si mesmo, a adoção dos comportamentos esperados para cada gênero não está diretamente associada aos órgãos genitais ou características genéticas.

Neste contexto, surge um grupo de pessoas, os transexuais ou transgêneros, que, assim como explanado anteriormente, não se identificam com o gênero de acordo com a sua biologia, apesar de terem nascido com conjuntos reprodutivos "pertencentes" a determinado gênero, se reconhecem com o oposto, contrapondo os cisgêneros, que são os indivíduos que se identificam com o gênero que lhes foram atribuídos no nascimento.

Ainda é importante ressaltar as diferenças entre identidade de gênero e

orientação sexual, que se referem a áreas diferentes da vida de uma mesma pessoa. Enquanto a identidade de gênero tem relação com a identificação pessoal acerca de ser homem ou mulher, a orientação sexual está relacionada as relações afetivas e amorosas podendo ser heterossexual, entre homem e mulher, homossexual, entre dois homens e duas mulheres, ou bissexual, quando se tem relacionamentos com ambos os sexos.

O espectro de variações das relações interpessoais é grande e vem se ampliando mais e mais com a evolução da sociedade. O acompanhamento e debate científico dessa evolução é de suma importância para que estas não venham mais a serem tidas como anomalias ou imoralidades, muito menos regredimos a marginalização desses grupos.

## 3.3. A MISTANÁSIA DENTRO DA COMUNIDADE LGBTQIA+

A sigla LGBTQIA+[4] representa um montante da sociedade o qual não se encaixa no modelo binário cisgênero heteronormativo previamente estipulado. São pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, *queer,* intersexuais, assexuado e quaisquer outros que não se sintam acolhidos no modelo mais arcaico.

Como já debatido anteriormente, a Mistanásia é fruto de um conjunto de violências que incidem sobre um indivíduo ou toda uma comunidade em decorrência de preconceitos, discriminações e marginalizações. Na história da nossa sociedade é bem presente, e até pouco tempo atrás, normalizado, uma cultura de intolerância em detrimento da comunidade LGBTQIA+. Essa intolerância gerou ao longo dos anos diversas problemáticas tanto de saúde como de cunho socioeconômico para estes indivíduos.

Segundo a nota técnica a respeito da violência LGBTQIA+ no Brasil (FGV, 2020) através da Lei 7.716/89, que trata a respeito dos crimes de racismo no país, o Supremo Tribunal Federal enquadrou a homofobia e a transfobia como parte desta lei. Porém, mesmo com a lei da LGBTfobia[5] e o número de casos reportados

[4] Lésbicas: Mulheres que sentem atração por outras mulheres; Gays: Homens que se relacionam comoutros homens; Bissexuais: Indivíduos (homens ou mulheres) que se relacionam com ambos os sexos; Transexuais: Pessoas que não se identificam com o gênero com o qual nasceram; Queer: todos que não se encaixam na heterocisnormatividade; Intersexuais: Aqueles que têm características de ambos os gêneros; Assexuados: Pessoas que não possuem desejo sexual; O símbolo de + representa ainda todos aqueles demais indivíduos que não se encaixam no modelo heterocisnormativo e que não se sentem representados por nenhum termo anterior.

[5] Termo utilizado como forma de representação da discriminação e violência contra pessoas integrantes da comunidade LGBTQIA+.

oficialmente ainda se mostra muito aquém da realidade dessas pessoas, demonstrando uma falha por parte das autoridades competentes em categorizar os crimes de LGBTfobia. Seja como forma de violência física ou até mesmo com o fim trágico como o homicídio, como vemos constantemente na mídia, ou das formas mais singelas, como um insulto disfarçado de humor, os crimes de LGBTfobia estão presentes no nosso cotidiano e muitas vezes é banalizada, isso demonstra que as estatísticas de denúncias apresentadas não condizem com a real situação atual.

> Em consulta via Lei de Acesso à Informação, o Jornal Nacional solicitou aos 26 estados e ao Distrito Federal a relação de ocorrências de homofobia e transfobia registradas em delegacias de 13/06/2019 [...] até 13/06/2020. Dos 27 entes consultados, somente 16 tinham a estatística solicitada. Os dados fornecidos somam 161 ocorrências de homofobia e transfobia, excluindo demais condutas criminosas com motivação LGBTfóbica. Outros onze estados não conseguiram fornecer os dados solicitados, sendo que nove apresentaram justificativas para tal, enquanto os outros dois estados não esclareceram o motivo de não ter as informações. (GONÇALVES et al., 2020, p.12)

Essas estatísticas, insuficientes e viciosas, colaboram para que a problemática das violências e da marginalização legal desses indivíduos se mantenha permanentemente neste local de invisibilidade por muitos e muitos anos.

E é em decorrência de todo este cenário, desta ausência de dignidade básica, que podemos falar sobre a mistanásia sofridas por eles. O preconceito alimenta crimes de ódio, culminando em suas mortes prematuras e violentas apenas por serem quem são e por sua existência não se encaixar em um modelo tido como aceitável para uma parcela. Além disso, a dificuldade encontrada no aceitamento no próprio núcleo familiar, o que muitas vezes é responsável pela expulsão desses LGBT's das próprias casas, perdendo o vínculo e o apoio de seus genitores e/ou responsáveis, mesmo que ainda menores de idade, dificultam ainda mais a possibilidade de um viver digno por essas pessoas. Boa parte, precisa interromper os estudos e passam a ter que trabalhar em empregos desgastantes e insuficientes para o sustento, podendo, se não tiverem outras pessoas que os abrigar, morar na rua, sujeitos a todo tipo de risco à vida. Se vendo nesse conjunto de circunstância adversar, muitos se envolvem em atividade ilícitas como roubos, tráfico de drogas, prostituição.

Eis que surge então um novo cenário para a mistanásia das pessoas transexuais: o cenário do sistema prisional brasileiro. Muito conhecido por suas constantes violações

de Direito Humanos e da dignidade dessas pessoas, é um sistema que ainda está muito aquém das necessidades e nuances das pessoas LGBT's.

## 3.4. A MISTANÁSIA DAS PESSOAS TRANSEXUAIS.

A comunidade LGBTQIA+, como a própria sigla demonstra, envolve uma pluralidade de indivíduos diferentes entre si e com necessidades diversas, carecendo assim, de políticas públicas e abordagens diferenciadas para que possam viver em equidade com o restante da população. Por isso, abordaremos a partir de agora, como a mistanásia atinge diretamente a população transexual e em suas diversas necessidades em específico.

De acordo com Dos Santos, Ornat e Carbonar (2021), em virtude das pessoas transgênero se apresentarem de forma mais ostensiva por conta das mudanças visíveis em sua aparência e sua busca constante pela readequação de gênero, seja através de procedimentos cirúrgicos e estéticos, fugindo da linearidade imposta entre gênero, sexo e sexualidade, este grupo compõe a maior taxa de vitimizados pela violência.

> A vulnerabilidade à morte é sentida em níveis distintos por estas pessoas, pois existe uma hierarquização social que diminui as chances de homicídios, determinada a partir de uma transnecropolitica que determina quais indivíduos têm o direito de viver e quais devem morrer, constituindo o ser travesti ou o ser transexual enquanto "inimigo" social. (DOS SANTOS, ORNAT E CARBONAR, 2021, p. 4)

Essa vulnerabilidade começa muito antes, ainda no núcleo familiar, onde a ignorância dos responsáveis, passam a ver o indivíduo transexual como um problema ou um erro. Esse pensamento é fruto do preconceito sistematizado e enraizado, que ultrapassa as barreiras do afeto familiar se sobrepondo a qualquer ligação biológica ou afetiva dos responsáveis para com as pessoas transexuais. (ZERBINATI E BRUNS, 2018) Somado a isso, está a pressão externa além do desincentivo a toda prática de autoafirmação enquanto ser detentor de direitos. A ausência de estímulos positivos oriundos dessa socialização primária gera o adoecimento psicológico dando o ponta pé inicial no processo da Mistanásia. Por conta disso, a fim de não perder esta relação familiar, muitos anulam e suprimem a necessidade de auto afirmação do gênero com o qual se identifica. Isso, causa ainda mais o adoecimento psicológico, levando-os aos suicídios.

Seguindo adiante neste processo, quando o filho não se permite reprimir as suas necessidades, a forma de lidar encontrada pelos pais com os filhos transgênero é de, na maior parte das vezes, isolar este indivíduo do seio familiar, expulsando-os de casa e cortando quaisquer tipos de relação para com estes filhos. Sem muitas opções de como lidar com a situação e sem apoio financeiro, esses indivíduos se encontram em situação de vulnerabilidade social recorrendo a todo tipo de atividade marginalizada, até mesmo ilegal, para salvaguardar o seu bem mais precioso, sua vida.

## 4. A MISTANÁSIA DAS PESSOAS TRANSEXUAIS ENCARCERADAS.

Quando paramos para analisar todas as violações sofridas pelos indivíduos transexuais, precisamos apontar alguns problemas que já fazem parte do sistema carcerário de forma geral. Situações de superlotação carcerária, unidades prisionais loteadas por facções criminosas, violações constantes das garantias fundamentais ainda que os detentos estejam sob custódia do Estado, falta de insumos para higiene pessoal, condições precárias de saneamento básico e estrutural, representam problemas corriqueiros que se pode observar com certa frequência nas unidades prisionais de todo território brasileiro.

Neste cenário é possível observar a inviabilidade do cumprimento do caráter das penas que seriam, além de restritivo, de caráter ressocializador visando o retorno destas pessoas de volta para o convívio com o restante da população (SOUZA E FERREIRA, 2016, p. 5). Submetendo os detentos a situações de indignidade, é gerado toda sorte de mazelas, incluindo a associação a facções criminosas como forma de sobrevivência e de amenização das dificuldades encontradas dentro dos presídios. Presos com baixo potencial ofensivo, convivem com presos de alta periculosidade e reincidentes.

Como se não fossem suficientes os problemas que um preso comum passa cotidianamente, a condição de transgênero agrava ainda mais o, já flagrantemente grave, cenário de insalubridade dos apenados. O risco, portanto, de morte social, onde há a omissão do Estado, que deveria punir com restrição de liberdade e não com a privação da vida, se torna exponencialmente maior.

Como relatado por Ferreira (2014), em sua pesquisa com detentas transexuais, a quantidade de abusos sofridos por elas dentro da prisão, se agrava em

decorrência de suas identidades de gênero, sendo necessário que as administrações as isolem dos demais detentos, colocando-as juntamente com outros presos que não podem conviver diretamente com os demais. Note-se que boa parte dessa comunidade de apenados isolados, além dos detentos LGBTQIA+ e seus companheiros, representam indivíduos cujos crimes foram contra a dignidade sexual de outrem, sendo estes estupradores e pedófilos. Ademais, vale salientar que grande parcela das condenações dos apenados LGBTQIA+ se dão em decorrência de tráfico de drogas e crimes leves, de menor potencial ofensivo.

A implementação deste tipo de medida dentro dos presídios é bastante comum. A retirada destes indivíduos da convivência com os demais detentos, com a justificativa de "medida de segurança", ocasiona a reiterada violação dos Direitos Humanos, uma vez que nesta situação deixam de usufruir da pouca liberdade que ainda lhes resta, além de serem marginalizadas e privadas de direitos básicos, se mostrando um grande instrumento para a mistanásia dessa população. (OLIVEIRA, 2020, p. 126)

As relações entre morte social ocasionada por omissão do Estado para com aqueles que se encontram sob a sua custódia e um cenário de violações generalizadas à dignidade humana dos demais apenados, resulta em uma espécie de "marginalização dos marginalizados". Ou seja, as condições que os detentos LGBTQIA+ enfrentam são, de forma categórica, mais precárias dos que os demais presos. Isso se dá sobretudo por um processo estrutural e massivo de descriminação sistemática.

Com base na situação e na Constituição (BRASIL, 1988) vigente, foi elaborada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pelo Conselho Nacional de Combate à discriminação LGBT a Resolução Conjunta n° 1 que determina novas formas de se lidar com os apenados LGBTs. No presente documento é levantado a garantia do direito ao nome social, a liberdade de expressão de gênero, visitas íntimas com seus parceiros, direito aos tratamentos hormonais, espaços seguros de convivência. Ademais, a resolução também aborda o encaminhamento de mulheres e homens transexuais para as unidades femininas como forma de resguardar a integridade física e sexual destas pessoas tendo em mente as suas vulnerabilidades (SOUZA E FERREIRA, 2016, p. 6).

Contudo, como continua Souza e Ferreira (2016, p.6), nenhuma destas medidas condizem com a realidade dentro do Sistema Carcerário Brasileiro, as mulheres transexuais ainda são levadas para os presídios masculinos, tendo suas identidades de

gênero ignoradas. As necessidades médicas destes indivíduos também não são supridas, sendo apenas teórico o acesso a hormonioterapia e acompanhamentos médicos, interrompendo assim a manutenção das redesignações sexuais. Tudo isso afeta diretamente a autoestima e a saúde mental dos presos, gerando uma tortura psicológica e física o que vai de encontro ao artigo 5° da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A vulnerabilidade apresentada por esses sujeitos deixa notório a relação com a mistanásia. Na ausência do Estado e em sua incapacidade de assegurar a dignidade e integridade, as consequências são devastadoras, gerando o adoecimento, a mutilação e por fim a morte, que atinge não apenas o apenado em si, mas gera consequências devastadoras para aqueles que o rodeiam.

O Sistema Carcerário Brasileiro convive há muitas décadas com os males do encarceramento massivo e, consequentemente, com a superlotação constante de suas instalações. Todavia, sua visibilidade só é trazida à tona quando se deparam com a explosão de uma rebelião ou algo do gênero. Normalmente, são invisibilizados como forma de punição para aquela parcela transgressora, indo de encontro aquilo proposto da nossa norma constituinte e aos tratados assinados pelo Brasil, os quais não permitem este tipo de tratamento a nenhum residente em nosso território nacional.

É de responsabilidade do Estado brasileiro garantir o devido cumprimento das condenações dentro dos patamares convencionados na nossa legislação. Presar pela dignidade e pelos direitos fundamentais, condições básicas para a sobrevivência dos seres humanos. “No caso das populações carcerárias LGBT, é inegável a existência de necessidades coletivas, como o respeito aos direitos humanos, reconhecimento institucional da identidade, proteção à integridade física e psicológica, cuidados em saúde e assistência psicossocial.” (ANDRADE, CARTAXO E CORREA, 2018, p.499)

Porém, o estabelecimento normativo de patamares mínimos de dignidade não é suficiente para aniquilar a problemática, é preciso atuar na criação e na implementação de políticas públicas, com objetivo de evitar a mistanásia da comunidade transexual encarcerada. O desenvolvimento da Regulação Conjunta n°1 foi o primeiro passo no início do trajeto até um Sistema Carcerário saudável para todos, porém sem ser colocado em prática não há o que se falar de mudanças.

## 5 CONCLUSÃO

Homens e Mulheres transexuais morrem todos os dias vítimas do preconceito e da discriminação que sofrem seja no seio familiar, pelo mercado de trabalho ou por parte da sociedade como um todo. A invisibilidade destas pessoas por parte do Estado também é característica de uma discriminação estrutural. Todo esse cenário culmina ao fim mais trágico e doloroso, a morte miserável. Por isso, grupos ativistas lutam todos os dias para acabar com as violências sofridas por esta comunidade, lutam pelo acolhimento e por mais oportunidades a fim de retirá-los da marginalização.

Essa marginalização gera inúmeros casos de transexuais que apelam para as atividades ilegais como forma de sobrevivência, a partir daí se vêem em um cenário que pode gerar a sua prisão.

Perante todo o cenário atual que se encontram as penitenciárias brasileiras, detentos vivendo em condições degradantes e insalubres, é inevitável o adoecimento físico e psíquico. Quando unimos dois grupos marginalizados (comunidade carcerária e transexuais) presos em muros institucionais e largados a viver sem amparo e organização do Estado, temos como produto final a destruição de indivíduos que deveriam, apesar de suas penas, serem protegidos, cumprindo o objetivo de ressocialização, logo após, sendo devolvidos ao convívio em sociedade com toda a capacidade de exercer os seus papéis. Dentro dos muros das penitenciárias, os grupos de transexuais vivem uma rotina de direitos feridos, tendo a sua identidade de gênero negada e a sua expressão individual podada. As violências físicas, sexuais, morais e psicológicas são cotidianas, sendo banalizadas pelas administrações e companheiros carcerários.

Apesar de hoje termos positivado em nosso ordenamento jurídico, amparado pelos conselhos de direitos humanos internacionais, medidas que visam a extinção da mistanásia das pessoas transexuais encarceradas no Brasil, a falta de implementação e de prática torna todo o aparato legal sem funcionalidade. É necessário muito mais empenho por parte do poder público para dizimar a transfobia e passar a reconhecer esses cidadãos com equidade dentro de todas as esferas e instituições brasileiras.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Celso. O Brasil e os direitos humanos: em busca de uma agendapositiva. **Política Externa**, v. 18, n. 2, p. 67-75, 2009.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; CARTAXO, Marina Andrade; CORREIA, Daniel Camurça. Representações sociais no sistema de justiça criminal: proteção normativa e políticas públicas para o apenado LGBT. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.494-513

BORGES, Alci Marcus Ribeiro. Direitos humanos: conceitos e preconceitos. **Jus Navigandi, Teresina, ano**, v. 11, p. 1-9, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

CLÍNICA DE POLÍTICAS DE DIVERSIDADE DA FGV. **A violência LGBTQIA+ no Brasil.** São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

DE JESUS, Jaqueline Gomes. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos etermos. **Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**, 2012.

DE MENEZES NETO, Elias Jacob; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. A práticada mistanásia nas prisões femininas brasileiras ante à omissão do direito à saúde ea negação da dignidade humana. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n.1, p. 472-493, 2018.

DE PAIVA, Uliana Lemos; BICHARA, Jahyr-Philippe. A violação do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema penitenciário pátrio e a possibilidade deresponsabilização interna e internacional do estado brasileiro. Constituição e Garantia de Direitos, v. 4, n. 1, 2011.

DE SOUZA, Bruna Caldieraro; FERREIRA, Guilherme Gomes. Execução penal e população de travestis e mulheres transexuais: o caso do presídio central de PortoAlegre. **Cadernos de Gênero e Diversidade**, v. 2, n. 1, 2016.

DE SOUZA, Juliana Cavicchioli; LOPES, Renice Ribeiro; FONSECA, Débora Cristina. Quando todas as portas se fecham: um ensaio sobre direitos humanos eencarceramento (When all doors are closed: an essay on human rights and incarceration). **Revista Eletrônica de Educação**, v. 15, p. 4638038, 2021.

DO AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. Edusp, 1999.

DOS ANJOS, Cleide Leite de Sousa; RODRIGUES, Luíza Maria. O encarceramentofeminino à luz dos direitos humanos. **REVISTA ESMAT**, v. 8, n. 10, p. 49-72, 2016.

DOS SANTOS, Adelaine Ellis Carbonar; ORNAT, Marcio Jose; CARBONAR, MariaAparecida. Espacialidades, 'Mistanásia' de travestis e pessoas transexuais e a criminalização da homotransfobia. **Geografia Ensino & Pesquisa**, v. 25, p. 22, 2021.

FERREIRA, Guilherme Gomes. **Travestis e prisões: a experiência social e a materialidade do sexo e do gênero sob o lusco-fusco do cárcere**. 2014. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

GERAL, A. Assembleia. Declaração Universal dos Direitos do Homem. **Centro de Informação Das Nações Unidas Em Portugal. http://www.fpce.up. pt/sae/pdfs/Decl_Univ_Direitos_Homem. pdf**, 1948.

LEÃO, Ingrid Viana; CASTANHO, William Glauber Teodoro. Identidade de gênero e orientação sexual no currículo: fundamentos e ameaças de direitos LGBTI. **EDUCAÇÃO E INTERSECCIONALIDADES**, p. 87, 2017.

LIMA, Walber Cunha. 2017. LIMA, Walber Cunha. **Bioética, mistanásia e direitos humanos: morte social e perspectivas para o seu enfrentamento**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Natal, 2017.

MENEZES, Milene Barcellos de; SELLI, Lucilda; ALVES, Joseane de Souza. Distanásia: percepção dos profissionais da enfermagem. **Revista Latino-Americanade Enfermagem**, v. 17, p. 443-448, 2009.

NUNES, Suelen. CUMPRIMENTO DA PENA POR PESSOA TRANSEXUAL. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, v. 5,p. e24453-e24453, 2020.

OLIVEIRA, Pedro Levi Lima. LGBTFOBIA NAS PRISÕES: A DUPLA PENABILIDADE DE LGBTS ENCARCERADOS. **I COLÓQUIO DE DIRETO E DIVERSIDADES" A DEFESA DOS DIREITOS EM TEMPOS DE CRISE" ANAIS Florianópolis/SC 2020**, p. 115.

SANCHEZ Y SANCHES, Kilda Mara; SEIDL, Eliane Maria Fleury. Ortotanásia: umadecisão frente à terminalidade. **Interface-Comunicação, Saúde, Educação**, v. 17,p. 23-34, 2013.

ZERBINATI, João Paulo; BRUNS, Maria Alves de Toledo. A família de crianças transexuais: o que a literatura científica tem a dizer?. **Pensando famílias**, v. 22, n. 2,p. 37-51, 2018.

# A NECESSIDADE DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO PARA CELERIDADE PROCESSUALÀ LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL /2015 E DA LEI N° 13.140/2015

Aimmê Elisabeth França Vasconcelos Lima e Castro[1]
Petrúcia da Costa Paiva Souto[2]

**RESUMO**

O poder judiciário vem ano após ano acumulando números em processos, sem ter perspectiva alguma de resolução rápida para estes conflitos. Sabendo disto, o entendimento acerca da necessidade de vias mais céleres aumenta e, por conseguinte vemos mudanças legislativas. As mudanças abordadas neste trabalho foram trazidas pelo Código de Processo Civil e pela lei N°13.140/2015, onde foram trazidas essas vias para atender melhor a sociedade e auxiliar nas enormes demandas que vemos ocorrer neste país. O objetivo da pesquisa traz consigo o papel de apontar as melhorias ocorridas após a implantação das legislações, que teve como fontes a legislação, artigos científicos revistas jurídicas. Consiste também na pesquisa o intuito de endossar os estudos acadêmicos sobre a temática, uma vez que a mesma tem grandes chances de crescimento no país, pois só tem demonstrado resultados satisfatórios.

**Palavras-chave**: Conciliação. Mediação. Código de processo civil. Lei N°13.140/2015[1].

**THE NEED FOR MEDIATION AND CONCILIATION FOR PROCEDURAL SPEED IN THE LIGHT OF THE CIVIL PROCEDURE CODE /2015 AND LAW No. 13.140/2015**

**ABSTRACT**

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: aimmevasconcelos@gmail.com
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do NorteE-mail: petruciacosta@unirn.edu.br

The judiciary comes year after year accumulating numbers in processes, with no prospect of any quick resolution to these conflicts. Knowing this, the understanding about the need for faster ways increases and, therefore, we see legislative changes. The changes addressed in this work were brought by the Code of Civil Procedure and by law N°13.140/2015, where these ways were brought to better serve society and assist in the demands that occur in this country. The objective of the research brings with it the role of pointing out the improvements that occurred after the implementation of the legislation, which had as sources the legislation, scientific articles and legal journals. It also consists of research with the aim of endorsing academic studies on the subject, since it has great chances of growth in the country, as it only has proven results.

## 1 INTRODUÇÃO

A justiça brasileira é amplamente conhecida por ser morosa, seus processos parecem nunca ter fim, muitos destes processos se analisados de perto poderiam ser resolvidos de maneiras mais céleres, uma vez que o brasileiro tem uma cultura de litígio, onde busca o judiciário para que solucione qualquer conflito.

O relatório Justiça em Números 2020 trouxe dados do ano anterior, mostrando que "o Poder Judiciário finalizou 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação que aguardavam alguma solução definitiva- patamar semelhante ao verificado em 2015." Evidenciando que a justiça brasileira mesmo em anos produtivos, está longe de resolver todas as demandas solicitadas por seus cidadãos.

É inegável dizer que uma grande demora acarreta insatisfação para as partes que desejam solucionar seu conflito. O objetivo deste trabalho é esclarecer que a Conciliação e a Mediação vieram não só para auxiliar no desafogamento do judiciário, mas para abordar a situação de uma forma que os dois lados possam sair mais satisfeitos. Podendo futuramente auxiliar academicamente os que desejam se aprofundar mais no tema, uma vez que traz informações, dados e fatos que irão apresentar o funcionamento da mediação e conciliação e seus benefícios. Uma vez que a visão processual mais longeva carrega consigo a imagem de que sempre haverá um lado ganhador e outro perdedor, a mediação e a conciliação oferecem uma visão mais moderna para o processo civil, tendo em vista que por estes meios os litígios podem ser mitigados, demonstrando que trazem consigo não só celeridade e economia,

mas tambémeficiência processual.

A Semana Nacional da Conciliação mostra em resultados o porquê esta se tornou uma via tão necessária. Dados de 2016 a 2019 revelam que as justiças Estadual, Federal e Trabalhista trouxeram resultados satisfatórios. Se somarmos foram 1.520.236 de audiências realizadas nestes anos, sendo
1.119.357 acordos efetuados, e com a porcentagem mais baixa de efetuação de 39.54%, no ano de 2017 e a mais alta em 2018 com 118.29%.

O intuito deste trabalho é contribuir com a academia para que mais estudantes e pesquisadores tenham mais respaldo e futuramente possam debater, e enriquecer seu conhecimento na área processual civil, a fim de auxiliar a todos, uma vez que as audiências de mediação e conciliação apresentam seus resultados práticos e satisfatórios. Esta é uma pesquisa exploratória, quantitativa e bibliográfica que utilizou artigos científicos, revistas eletrônicas e sites jurídicos para ser desempenhada.

André Gomma de Azevedo e Marco Aurélio Buzzi No artigo denominado Novos desafios para a mediação e conciliação no novo CPC: artigo 334. Exemplificam apontando como as medidas podem economizar um enorme tempo.

> Considere-se que o tempo médio de duração de demandas cíveis no Brasil, da inicial até o transito em julgado após o prazo recursal extraordinário (tribunais superiores) seja de 10 anos. Para cada demanda que se encerra por conciliação ou mediação economiza-se cerca de 9,5 anos de tramitação (presumindo-se prazo de 6 meses do recebimento da inicial à homologação do acordo — destaque-se que o prazo estabelecido no artigo 28 da Lei de Mediação para a condução do procedimento é de 60 dias). (p.3)

Os números vêm realçar que a mediação e a conciliação além de serem o futuro do direito, são o presente, que se revelam fundamentais para o mecanismo jurídico funcionar de melhor forma. Estes modelos de autocomposição estão para sinalizar por si sua eficiência.

## 2 INFLUÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS A CERCA DA MEDIAÇÃO

A mediação não foi algo criado pelos legisladores brasileiros, uma vez que o direito tem o dever auxiliar conforme as necessidades surgem da sua sociedade. Podendo observar as sociedades vizinhas para aplicar melhorias à sua. No artigo denominado Análise da Institucionalização da Mediação a partir das inovações do novo

Código de processo Civil (NCPC) e da Lei n° 13.140/2015 (lei da Mediação), vemos que o marco ocidental ocorreu nos Estados Unidos e posteriormente na Inglaterra.

> O marco ocidental e contemporâneo da mediação, por sua vez, data da década de 1970, nos Estados Unidos da América, período em que houve efetiva institucionalização dessa via alternativa de resolução de conflitos dentro do próprio aparato legal do Estado. Na Califórnia, inclusive, a Mediação fora instituída como instância obrigatória antes da judicial, por conta dos bons resultados que apresentou enquanto era utilizada na esfera privada.
> Posteriormente à regulamentação americana, a Inglaterra passou a prever no ordenamento seu próprio sistema de mediação, por meio de um pequeno grupo de advogados que formularam uma campanha voltada para o fomento dos métodos alternativos de conflitos. Assim como ocorrido no sistema americano, a via mediativa alcançou lugar dentro do sistema legal após crescer no âmbito privado britânico. p. 200

Bons resultados na esfera privada fizeram que posteriormente fossem adotados pela esfera pública como via de auxiliar na resolução de conflitos e também trazer maior satisfação, uma vez em que nesta modalidade não existe perdedor e ganhador, e sim partes que entram em um consenso, onde as duas saem ganhadoras.

Sergio Rodrigo Martinez e Sthephanie Galhardo Schulz mostram também que a República Popular da China também trata a cerca de mediação, tendo como objetivo a celeridade na resolução de conflitos. Vemos esse fenômeno acontecer em diferentes partes do globo como França e Argentina, que foi a pioneira na América Latina.

A Argentina teve sua primeira legislação acerca do tema em agosto de 1992, sendo lei atualmente em vigor a Lei n. 26.589, de 15 de abril de 2010 , “A partir da legislação nacional, as províncias argentinas editaram leis locais disciplinando o instituto.”

Em 2013, Portugal estabeleceu os princípios gerais da mediação, sendo alguns deles a voluntariedade do procedimento, confidencialidade, o poder das partes de desistir isolada ou conjuntamente do acordo, e a suspensão dos prazos prescricionais e de caducidade caso seja feita mediação extrajudicial, assim como demonstra o artigo A Mediação Pelo Mundo: Breves notas- Parte 1.

Demonstra-se, desse modo, que a resolução pacífica de conflitos é um meio utilizado em diferentes épocas e dissemelhantes culturas, com resultados oportunos, que são explicitados através de seu emprego nas legislações do mundo todo.

## 2.1 DA VISÃO LEGISLATIVA ANTERIOR AO CPC 2015.

A resolução pacífica de conflitos já era defendida muito antes do Código de Processo Civil de 2015. Trícia Navarro, em seu artigo denominado A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil (2017, p. 372), mostra que na nossa legislação existem exemplos de mecanismos adequados de solução de controvérsias, sendo o preambulo da constituição federal de 1988 a primeira representação.

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

Ainda em nossa carta magna, em seu artigo 4°, inciso VII, vemos novamente a solução pacífica de conflitos como princípio meio de reger as relações internacionais.

Como esperado, uma nova constituinte faz com que alguns códigos necessitem de reformas, e não foi diferente com Código de Processo Civil, que em sua versão de 1973 não abordava nem mediação nem a conciliação. Já em 2015 vemos que um capítulo inteiro foi dedicado a elas, tendo referência não só no capítulo V, mas em diversos outros artigos. Passando então a serincentivada, como vemos logo no início do código.

> **Art.3° § 3º** A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos **deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.** (grifei).

Não é complexo compreender porque o código estimula que juízes, advogados e defensores públicos incentivem a mediação e conciliação, pois não se trata de negar a justiça ou impedir que qualquer cidadão tenha acesso à lide. A mediação e conciliação de fato vêm para que esse acesso seja garantido, no entanto entendendo que alguns casos podem ser resolvidos sem a necessidade de um litigio moroso. Assim os casos que não se encaixarem nessas medidas continuam com a lide e vão para a justiça, e os que se encaixam, são tratados pela mediação e pela conciliação auxiliando na celeridade e na eficiência para contribuir com a satisfação de ambas as partes.

## 3 MEDIAÇÃO , CONCILIAÇÃO E SUAS DEFINIÇÕES

O art. 334 do CPC/2015 é inteiramente dedicado a esse modo de solução de conflitos, mas antes de entrarmos neste mérito é necessário entender quais suas funções e pormenores.

No livro Reflexões Críticas do Novo Código Processual Civil vol. 2 encontramos uma breve explicação sobre como deve ser a atuação do mediador e doconciliador.

> A principal diferença estabelecida pelo próprio código é que, na conciliação, pressupõe-se um certo nível de sacrifício, de uma ou ambas as partes, em relação aos seus interesses, o que não ocorre na mediação. Entretanto, ao mediador é negado o poder de propor soluções ao litígio, cabendo ao mesmo apenas conduzir as partes ao seu autoconhecimento para, daí sim, as próprias partes proporem soluções ao conflito. No entanto, ao conciliador é delegado o poder e, até mesmo o dever, de propor as melhores alternativas possíveis para resolver o problema das partes.
> O mediador deve atuar, de forma preferencial, nos casos onde existe um liame anterior entre as partes, ou seja, os litigantes mantinham algum tipo de vínculo antes do surgimento da lide. Ao conciliador cabe atuar, preferencialmente, nos casos onde não existe vinculo prévio. O vínculo nesse caso é meramente decorrente da razão do litigio. (ALENCAR E ALMEIDA, p.15, 2019)

Vemos, portanto que na mediação já existe uma ligação anterior entre os interessados, onde o mediador, terceiro imparcial, tem o papel de guia-los, para que os mesmos solucionem conjuntamente o conflito, sem que este dê sugestões ou proponha soluções, tendo como papel apenas da condução da audiência.

Na conciliação, entretanto vemos que se trata do papel do conciliador sugerir soluções de conflito, onde as partes podem sacrificar parte de seu interesse para que ambas tenham um acordo satisfatório. Na conciliação não existem laços anteriores ao conflito onde o vínculo acontece unicamente em razão do litígio.

Os Arts. 165, §2° e §3° do Código de Processo Civil tratam precisamente acerca da atuação da mediação e conciliação.

> Art. 165. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
> § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

## 3.1 DOS CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

Os legisladores se preocuparam também com o ambiente que as audiências ocorreriam e quais normas estes ambientes devem seguir. Encontramos ainda no Art. 165 em seu caput e §1°

> Art.165 Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
> § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

Entende-se que em um mundo pós-acontecimento da COVID-19 as audiências precisaram se adaptar e passaram a ser massivamente por meios eletrônicos, em específico as videoconferências, onde demonstraram que já é plenamente possível a ocorrência destas sem que haja qualquer prejuízo na qualidade do serviço prestado. A lei N° 13.994, de 24 de Abril de 2020 "Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis." Modificando o art. 22, que em seu §2° que passou a vigorar com os seguintes dizeres:

> Art.22, § 2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes." (NR)

Retornando ao CPC, vemos no art. 166 os princípios que formam a mediação e a conciliação, assim como a confidencialidade e livre autonomia.

> Art. 166. **A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.**
> § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.
> § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundosda conciliação ou da mediação.
> § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.
> § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. (grifei)

A autonomia da vontade das partes é assegurada, outra razão para que o nível de satisfação entre as partes aumente, uma vez que no princípio da oralidade há mais dialogo entre os interessados, que podem inclusive estabelecer as regras que entenderem necessárias.

Trata-se de um procedimento seguro, onde o sigilo é garantido e todas as informações produzidas no curso do procedimento não poderão ser divulgadas. Além do princípio da imparcialidade, onde as causas de impedimentos do mediador e conciliador são as mesmas de um juiz, como estabelecido no paragrafo 5° da lei 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares, portanto o mediador ou conciliador não pode de modo algum ser amigo intimo de alguma das partes, por exemplo.

As partes, além de terem a liberdade de estabelecer as regras, também poderão escolher quem será o conciliador ou mediador, assim como é assegurado no art. 168.

> Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.
> § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

Os cadastros dos mediadores e conciliadores são feitos no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, que é organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, ou no Tribunal Regional Federal, assim como respalda o art. 167 e parágrafos. Podendo ainda haver mais de um conciliador ou mediador caso seja recomendado.

Com um pouco mais de aprofundamento, vemos que a mediação e a conciliação devem ser incentivadas não só por promotores, advogados e juízes, mas de fato pela União, pelos Estados, Distrito Federal e pelos municípios para que a administração destes consigam resoluções de conflito mais céleres, mostrando mais uma vez como estes meios tem uma profunda importância para auxiliar o direito como um todo. Vemos isto no art. 174 e incisos.

> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
> I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Mesmo se tratando de esfera judicial, não exclui a aplicabilidade na esfera extrajudicial, uma vez que os artigos podem ser aproveitados, no que couberem às câmaras privadas de conciliação e mediação, assim como assegura o parágrafo único do art. 175.

## 3.2 ARTIGO 334 DO CPC E SEUS DESDOBRAMENTOS

Inicialmente notamos que o juiz necessariamente designa audiência de conciliação ou de mediação. Novamente os legisladores mostram o interesse que haja essa segunda via para a solução de conflitos.

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20(vinte) dias de antecedência.
> Art. 334 § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias àcomposição das partes.

O encontro entre as partes pode ocorrer mais de uma vez, desde que se entenda que há um progresso na negociação e um diálogo entre os participantes da mediação ou da conciliação.

Pode haver casos em que não ocorra a audiência de mediação e conciliação, desde que seja assinalado expressamente.

> Art. 334 § 4º A audiência não será realizada:
> I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
> II - quando não se admitir a autocomposição.
> Art.334 § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data daaudiência.

O código afirma que para não ocorrer a audiência, ambas as partes devem mostrar desinteresse. Mas por se tratar de um ambiente onde o diálogo é estimulado, a indagação é se a audiência será obrigatória ainda que apenas uma das partes não a deseje, tendo em vista que a disposição para negociar será ínfima.

No parágrafo 8° vemos:

> § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida emfavor da União ou do Estado.

O legislador deixa claro não só que se trata de um procedimento sério, onde a ausência injustificada gera ato atentatório à dignidade da justiça como também estipula multa de dois por cento. Evitando também que as partes se ausente por mero desinteresse na audiência, pois caso isso ocorra, estes deverão pagar a União ou ao Estado.

Os parágrafos seguintes tratam acerca do acompanhamento das partes e sua representação.

> § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados oudefensores públicos.
> § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

Mesmo que se trate de uma medida que estimule o diálogo entre as partes, a presença de um representante jurídico é imprescindível, portanto advogados ou defensores públicos devem fazer parte da audiência.

Caso a presença de uma das partes não seja possível, esta deve constituir representante por meio de procuração, sendo específica, delimitando os poderes de negociar e fazer concessões.

Por fim, vemos que "§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença." Ou seja, deve ser vista e aprovada por um juiz.

Assim sendo, vemos que os legisladores se preocuparam com pormenores, desde o prazo mínimo para que ocorra a audiência à multa em caso de ausência injustificada. Deste modo o ambiente traz mais respaldo e segurança, não só para os que pensaram na lei como também para aqueles que são beneficiados por ela, ou seja, a sociedade.

Uma vez que temos toda a estrutura organizada, que vai de legislação apropriada, agentes especializados em criar um ambiente de conciliação e mediação e centros feitos especificamente para trata acerca desta modalidade de solução de litígios, fica esclarecido que é uma forma concreta de resolução de conflitos. Porventura pouco conhecida entre a população, mas necessária a ser propagada, evitando que mais casos de conflitos solucionáveis com diálogoingressem na lide judicial.

## 4 DA LEI ACERCA DA MEDIAÇÃO

O ano de 2015 foi repleto de transições nas legislações acerca da mediação. Além das trazidas pelo Código de Processo Civil, a Lei n°13.140, de 26 de junho de 2015 "Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias". Onde vemos amparo além da mediação judicial.

Nisto o legislador se preocupou em acompanhar a necessidade social, para conseguir de uma maneira menos demorada a resolução da lide, além de aumentar a autonomia das partes, não é a toa que se fala de autotutela.

Observamos que os princípios a serem seguidos são semelhantes ao encontrado no CPC

> Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:I - imparcialidade do mediador;
> II - isonomia entre as partes;
> III - oralidade;
> IV - informalidade;
> V - autonomia da vontade das partes;
> VII - busca do consenso;
> VII - confidencialidade;VIII - boa-fé.

No paragrafo 2° vemos que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação, salientando que o acesso à justiça é garantido, uma vez que não havendo mediação pode seguir pelo caminho da lide judicial.

Em seguida, no Art. 3 vemos o que pode ser objeto da mediação, que são os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou os indisponíveis que admitam transação. O artigo intitulado Mediação Entre particulares: Aspectos da Lei n°13.140/2015 traz como exemplo questões envolvendo a guarda dos filhos e alimentos.

> "O artigo 3º esclarece que podem ser objeto de mediação tanto conflitos que versem sobre direitos disponíveis, como os que versem sobre direitos indisponíveis que admitam transação, como por exemplo, questões envolvendo a guarda de filhos e alimentos. Na hipótese de direitos indisponíveis, a composição alcançada pelas partes deverá ser homologada em Juízo, exigindo-se a oitiva do Ministério Público sobre os termos do acordo (§2º). Outrossim, a mediação pode alcançar todo o litígio ou apenas parte dele (§1º)."

O 4° Artigo da liberdade para que o mediador seja designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes, tendo este que conduzir as partes para a busca de um entendimento e facilitação da resolução do conflito (§ 1º).

A gratuidade da mediação também é assegurada aos em situação de hipossuficiência (§ 2º ), para que não haja disparidade de tratamento nem em medidas de auxílio ao acesso à justiça.

No artigo 5° e paragrafo único vemos que os impedimentos de um mediador são os mesmos que o de um juiz, tendo o mesmo que esclarecer dúvidas acerca da imparcialidade que lhe é devida.

> Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.
> Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

O paragrafo único também reitera a autonomia da vontade das partes, uma vez que estas podem decidir recusar a participação do mediador se entenderem que esta poderá de alguma forma ser parcial.

A importância da confidencialidade mais uma vez é mencionada, desta vez no Art. 14 dizendo que "No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento."

Isto posto, vemos a segurança das partes ser imprescindível nesta modalidade, ressaltando que a mediação é uma via que foi pensada para garantir todos os direitos das partes mesmo que estes não estejam sendo assistidos imediatamente por um magistrado.

## 4.1 RESULTADOS OBTIDOS PELA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO.

Com tanto estímulo é natural que os resultados comecem a surgir. Por ser uma medida amplamente incentivada, estes começaram a surgir positivamente.

Vemos que na área do direito de família a mediação foi implementada trazendo bons resultados, como é demonstrado no artigo MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS FAMILIARES: Resultados obtidos pelo CEJUS-Ponta Grossa noano de 2017.

> No ano de 2017 foram remetidos ao Cejusc-PG, pela primeira e segunda

> vara de família da Comarca de Ponta Grossa, 1737 processos para aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos, em 850 foram realizadas audiência de mediação, sendo que em 598 houve acordo, pondo fim ao processo. (CEJUSC-PG, 2017) Com isso pode-se observar que a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito familiar apresenta resultados positivos, pois o percentual de acordo, nos processos em as partes se submeteram as técnicas de autocomposição, foi de 70,4%, o que contribui para uma solução mais rápida e satisfatória do que a obtida pelo método tradicional.

Certamente a autocomposição é uma via que traz bom resultados, pois70,4% são números expressivos, não podendo de forma alguma serem ignorados, mas pelo contrário, cada vez mais incentivados.

Em Montes Claros- MG também houve um levantamento de dados onde os resultados da mesma forma se mostraram satisfatórios. Observamos isso no artigo A eficácia da mediação no Centro de Solução de Conflitos e Cidadaniade Montes Claros.

> De acordo com estatísticas do CEJUS da comarca de Montes Claros realizadas durante Junho de 2016 à Setembro de 2015, de 100% dos casos avaliados que totalizam 399 no referido período, 323 afirmaram por meio da avaliação da satisfação ao usuário que a aplicabilidade da mediação e a conciliação lhe trouxe benefícios de forma efetiva e eficaz. (Tabela 1). A partir do exposto, pode-se observar que o instituto da mediação é vantajoso e operativo, uma vez que, segundo a Associação Brasileira de Mediadores (Abrame), trata-se de um procedimento rápido, ágil, econômico, flexível e particularizado a cada caso, preserva a integridade física, moral, social e psicológica da família e satisfaz a vontade das partes, fato que leva a uma maior probabilidade do cumprimento dos acordos mediados. Conforme aduz Antônio Carlos Ozório Nunes (2016, p. 53), "na prática, sempre que possível, a mediação é o melhor meio para ser aplicado, pois é transformador, gera uma satisfação nas partes e contribui mais para apacificação social".

IMAGEM DA TABELA 1

**Tabela 1.** Estatísticas do Centro Judiciário de Solução e Conflitos e Cidadania da Comarca de Montes Claros, quanto à participação da audiência de mediação e conciliação, com a devida média de resultados positivos e negativos obtidos.

| Ano | Mês | Participação da audiência lhe trouxe benefícios | Participação da audiência não lhe trouxe benefícios |
|---|---|---|---|
| 2016 | Julho | 50 | 8 |
| 2016 | Junho | 24 | 9 |
| 2016 | Maio | 25 | 3 |
| 2016 | Abril | 14 | 7 |
| 2016 | Março | 6 | 3 |
| 2016 | Fevereiro | 19 | 2 |
| 2016 | Janeiro | 14 | 8 |
| 2015 | Dezembro | 7 | 5 |
| 2015 | Novembro | 49 | 4 |
| 2015 | Outubro | 61 | 13 |
| 2015 | Setembro | 54 | 14 |
| Média das Audiências | | 80,95 | 19,05 |

Fonte: A eficácia da mediação no Centro de Solução de Conflitos e Cidadania de MontesClaros. Disponível em: <http: 1631 (unimontes.br)

Como mostrado na tabela, a Média de audiências de Participação de audiências que não trouxeram benefícios foi de 19,05 enquanto na Participação da audiências que trouxeram benefícios foi de 80,95. Mostrando que os resultados positivos mais uma vez se sobressaem aos negativos. Ainda é ressaltada a satisfação e eficácia gerada nas audiências, contribuindo para a pacificação social, uma vez que temos um sistema de resolução de conflitos ágil e econômico. Reiterando também que é um auxilio indispensável para os tribunais brasileiros, uma vez que estes sempre estão tentando resolver uma alta demanda e não poderiam abrir mão dessa via que assiste os casos que podem ser resolvido entrepartes.

Em outro artigo, denominado Benefícios e Desafios na promoção da cultura da paz: Análise do caso da implantação da Câmara Municipal de Mediação e Conciliação de Timbaúba/PE, podemos ver em detalhes gráficos os resultados de uma via auto compositiva, onde foram registrados dados das mediações que tinham como público alvo pessoas em situação de vulnerabilidade social, apontando a importância da assistência aos que precisam de uma via mais célere e sem grandes gastos de tempo e finanças.

O artigo traz dados sobre o gênero dos requerentes das audiências, sendo "51,25% dos requerentes do sexo feminino e 48,75 % dos requerentes do sexo masculino." Trata também da faixa etária, onde a maioria dos assistidos encontravam-se na faixa dos 31 a 40 anos de idade, sendo eles 39%. E ainda o estado civil, revelando ainda os maiores motivos que levavam a busca pela solução pacífica de conflitos.

> No que diz respeito ao estado civil, a maioria dos assistidos pela Câmara de Mediação e Conciliação do Município de Timbaúba – PE, 37% são de pessoas casadas, logo em seguida, 28%, encontram-se os que vivem em união estável, seguidos pelo percentual de solteiros 28%, divorciados 6% e viúvos 1%. Esses dados confirmam a alta demanda por divórcios e dissolução de União Estável. P.19

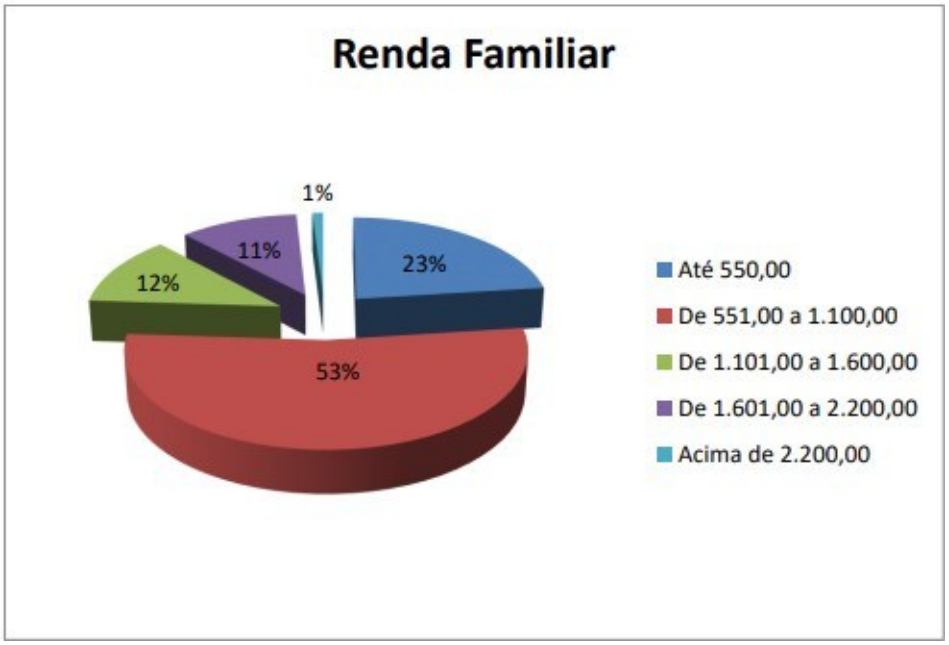
A renda familiar dos assistidos também foi analisada, uma vez que o alvo principal era justamente os que estão em situação de vulnerabilidade econômica.

> Referente à renda familiar, a maioria dos assistidos pela Câmara de Mediação e Conciliação do Município de Timbaúba – PE, nota-se que a maioria, 53%, recebe entre R$551,00 a R$1.100,00 (entre meio a um salário mínimo vigente). Em seguida, com 23%, estão aqueles que ganham até R$550,00 (meio salário mínimo vigente). Logo em seguida 12%, vem àqueles que ganham entre R$1.101,00 a R$1.600,00 (de um salário mínimo a um salário mínimo e meio, vigente). Logo após com 11%, vêm àqueles que ganham entre R$1.601,00 a R$2.200,00 (de um salário mínimo e meio a dois salários mínimos, vigente). E

> finalizando, temos um percentual mínimo, 1%, dos assistidos que ganham acima de R$2.200,00 (dois salários mínimos, vigente), estes, são partes requeridos dos processos, oriundos de conflitos do PROCON local. São empresários que foram requeridos pela parte requerente.

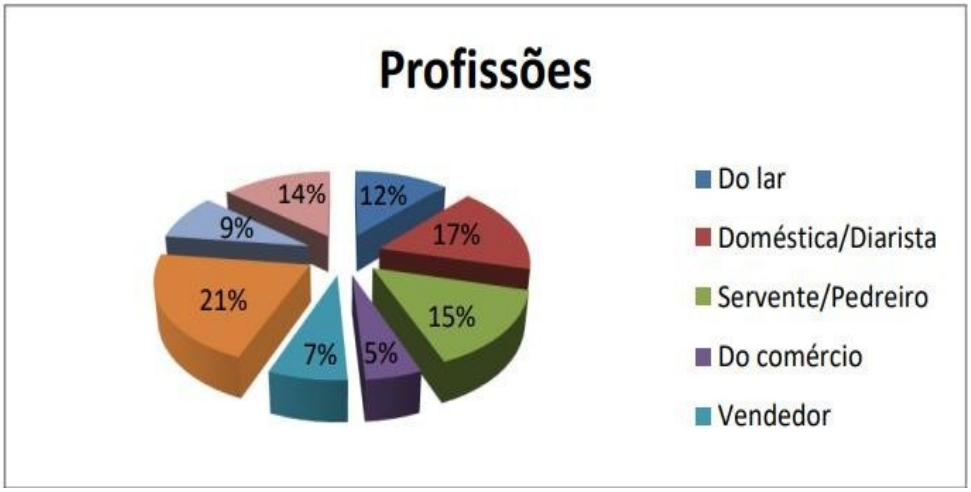
Veremos a seguir os gráficos apresentados neste artigo.

Gráfico 1 – **Renda familiar**




Fonte: BENEFÍCIOS E DESAFIOS NA PROMOÇÃO DA CULTURA DA PAZ:ANÁLISE DO CASO DA IMPLANTAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE TIMBAÚBA/PE

Gráfico 2 – **Profissões**



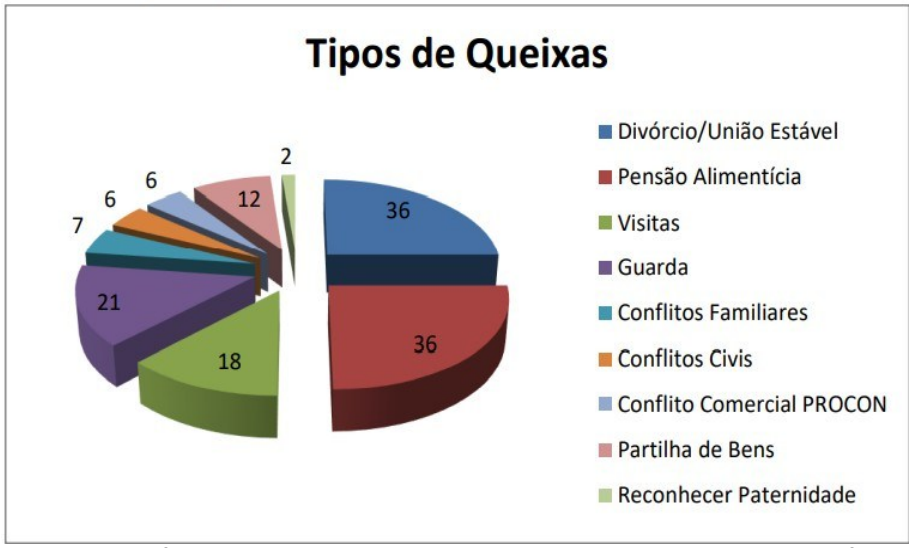

Fonte: BENEFÍCIOS E DESAFIOS NA PROMOÇÃO DA CULTURA DA PAZ:ANÁLISE DO CASO DA IMPLANTAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE TIMBAÚBA/PE

Analisa-se pelo gráfico 2 que as profissões apresentadas não necessitam de uma alta escolaridade, evidenciando mais uma vez a vulnerabilidade dos assistidos. Tendo

em sua maioria profissões autônomas, ressaltando também os assistidos desempregados sendo eles 14%.

> Vale destacar o alto número de assistidos que se alto denominaram como "Desempregados", 14%, e que não recebe nem o suficiente para suprir suas próprias necessidades (conforme relato deles próprios), o que vem salientar ainda mais a condição de vulnerabilidade social dos mesmos.

Gráfico 3 – **Tipos de queixas**




Fonte: BENEFÍCIOS E DESAFIOS NA PROMOÇÃO DA CULTURA DA PAZ:ANÁLISE DO CASO DA IMPLANTAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE TIMBAÚBA/PE

Os tipos de queixas não eram somente uma por assistido, uma vez que um requerente pode ter mais de uma demanda a ser atendida. Mostrando no gráfico acima que as maiores demandas são as familiares sendo Divórcio/União Estável e Pensão Alimentícia os maiores destaques.

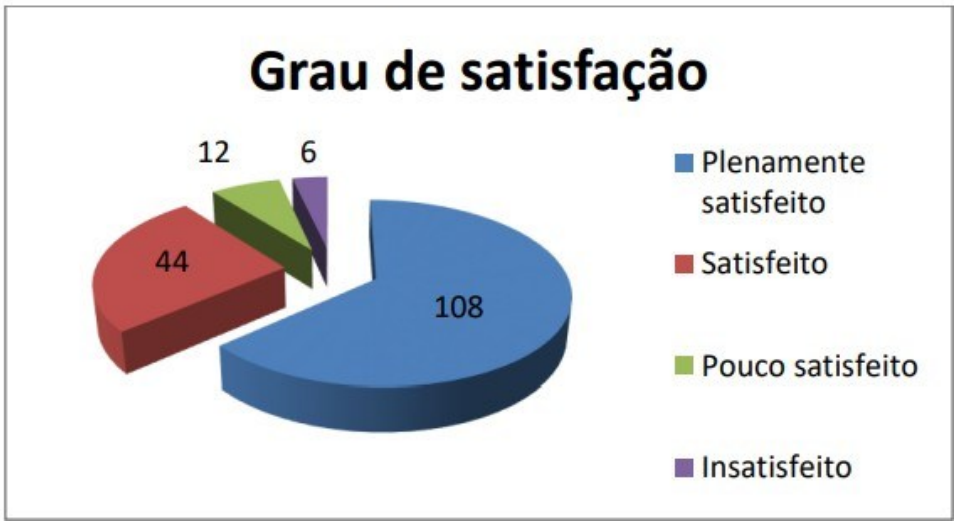
Gráfico 4 – **Audiências**




Fonte: BENEFÍCIOS E DESAFIOS NA PROMOÇÃO DA CULTURA DA PAZ:ANÁLISE DO CASO DA IMPLANTAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE TIMBAÚBA/PE

O gráfico é claro em relação à aprovação das partes, apontando 44 delas com pessoas que declararam que a audiência foi frutífera enquanto apenas 10 consideram-na infrutífera.

Gráfico 5 - **Grau de satisfação**




Fonte: BENEFÍCIOS E DESAFIOS NA PROMOÇÃO DA CULTURA DA PAZ:ANÁLISE DO CASO DA IMPLANTAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE TIMBAÚBA/PE

O quinto e último gráfico mostra mais um dado positivo nas ações dasaudiências de mediação, uma vez que a maioria expressiva se revela plenamente satisfeita.

> Em relação ao grau de satisfação dos atendidos, cento e oito pessoas se declararam plenamente satisfeitas pelo atendimento e desfecho de sua demanda. Outras quarenta e quatro pessoas declararam satisfeitas. Já, doze pessoas, declararam estarem pouco satisfeitas com o resultado dos seus pleitos, pois, ou não chegaram a um acordo durante a audiência ou a outra parte do processo não compareceu à audiência, impossibilitando a realização desta. E seis pessoas declararam estarem insatisfeitas com o resultado de suas demandas. P.26

Não restam dúvidas que a mediação é um meio eficaz de resolução de conflitos. Além de atender uma demanda de forma mais célere, se mostra muito mais econômica, facilitando o acesso à justiça das pessoas que são hipossuficientes. O grau de satisfação sempre se sobrepõe ao de insatisfação, evidenciando que a resolução pacífica de conflitos deve ser cada vez mais incentivada assim como a legislação vem estimulando.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Esta pesquisa teve como base principal de estudo o Código de Processo Civil e a Lei N° 13.140/2015, tendo o intuito de esclarecer os benefícios trazidos por estas legislações, uma vez que foram pensadas para auxiliar no sistema judiciário, que se encontra em um eterno “mar de processos” onde por muitas vezes poderiam ser resolvidos se estimulados e assistidos por mediadores e conciliadores. A pesquisa também teve como objetivo salientar a satisfação das partes, que são as principais figuras do litígio, onde foi apontado um nível de satisfação expressivo, expondo assim que além de ser um método compatível para o auxilio da justiça é também aprovado pela maioria dos que por ventura iniciaram um litígio que foi solucionado em uma câmara de conciliação ou mediação.

Através das pesquisas bibliográficas e exploratórias foi possível descobrimos dados apontando níveis grandes em satisfação de audiências e audiências que deram resultados. A pesquisa apontou também a renda de famílias beneficiadas com esses métodos de solução de conflitos, que em sua maioria atingiu pessoas em situação de hipossuficiência. A conciliação e a mediação são bem menos onerosas que todo um processo judicial, sendo assim também mais acessível para aqueles que buscam a justiça.

De modo que esta pesquisa acadêmica foi feita com auxílio de diversas pesquisas feitas anteriormente, este trabalho tem o propósito de auxiliar na academia, de forma que discentes e docentes endossem seu conhecimento acerca da temática, e futuramente ampliem os artigos relacionados ao tema, tendo por si grandes chances de crescimento

nacional, pois traz consigo a relevância para a sociedade, uma vez que vem garantir o direito fundamental de acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

**SEMANA NACIONAL DA CONCILIAÇÃO/ RESULTADOS.** 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/resultados-semana-conciliacao/. Acesso em: 23. Set. 2021

AZEVEDO, André Gomma. BUZZI, Marco Aurélio. **Novos desafios para a mediação e conciliação no novo CPC: artigo 334.** 2016. Disponível em: https://brasiljuridico.com.br/img/landingpages/mediacao-extrajudicial/artigo-andre-e-marco.pdf. Acesso em: 16. Ago. 2021

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. SCHULZ, Sthephanie Galhardo. Análise da institucionalização da mediação a partir das inovações do novo código de processo civil (NCPC) e da Lei Nº 13.140/2015 (Lei da Mediação). **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM.** 2017. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24178/pdf. Acesso em: 17 de set. 2021.

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 16 de Set.2021

CARVALHO, Elizete. **A mediação pelo uno: Breves notas- Parte1** [2017?]. Disponível em https://www.dwemediacao.com.br/post/a-media%C3%A7%C3%A3o-pelo-mundo-breves-notas. Acesso em: 23 e Set. 2021

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil**. Revista do fórum nacional da mediação e conciliação.** Rio de Janeiro, maio de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumeI/revistafonamec_numero1volume1_368.pdf. Acesso em:16 de Ago. 2021

COELHO, Elizabeth Alecrim Soares (Coord.)**. Reflexões críticas do novo código processual Civil vol. 2** Fortaleza 2019.Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=FMqSDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 13 de Set. 2021.

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Brasília; Senado. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 13b set. 2021

**Lei N° 13.994, de 24 de Abril de 2020**. Brasília: Senado. 2020. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13994.htm. Acesso em: 14 de set. 2021

**Lei Nº 13.140, de 26 de Junho de 2015.** Brasilia, Senado. 2015. Disponívelem: L13140 (planalto.gov.br). Acesso em: 14 de set. 2021

SOUZA, Laiza Cristina de. **Mediação nos conflitos familiares: Resultados obtidos pelo CEJUS-Ponta Grossa no ano de 2017**. Disponível em: https://unisecal.edu.br/wp-content/uploads/2019/05/Artigo_Media%C3%A7%C3%A3o_nos_Conflitos_Familiares.pdf. Acesso em: 06 de out. 2021.

FREITAS, Ranfley Silva. CAMPANHA, Emanuelle Gonçalves Campanha. VELOSO, Cynara Silde Mesquita. GONÇALVES, Dayandra Mendes. **A eficácia da mediação no centro de solução de conflitos e cidadania deMontes Claros**. Disponível em: 1631 (unimontes.br) Acesso em: 07 de out.2021.

ALVES, Valmir de Sá. **Benefícios e desafios na promoção da cultura da paz: análise do caso da implantação da câmara municipal de mediação e conciliação de Timbaúba/PE** Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/21048. Acesso em 25 out. 2021.

# A POSSIBILIDADE DE PENHORA SOBRE A REMUNERAÇÃO DO EXECUTADO NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Silas Andrade dos Santos[1]
Matusalém Jobson Bezerra Dantas[2]

**RESUMO**

A partir da necessidade de fomentar a eficiência e a efetividade da execução e acreditando que a penhora de dinheiro é o modo adequado para tais fins, buscou-se analisar como o Superior Tribunal de Justiça enfrenta a penhora de remuneração do executado, a partir do art. 833, IV, do Código de Processo Civil. É que o texto normativo trata referida verba como bem impenhorável, assim sendo busca analisar as possibilidades de constrição judicial dessas espécies remunerativas, daí ser importante estudar os fundamentos necessários para que seja compreendido como um bem impenhorável, bem como analisar as razões de decidir do STJ para, em alguns casos, mitigar essa garantia do executado. Desse modo, através do método de abordagem indutivo, a partir de casos concretos, aliado ao método de procedimento estruturalista, investigando os casos concretos para ter uma análise geral sobre o tema, constata-se que as principais decisões do STJ têm respeitado o parâmetro legal. No entanto, há inovações jurisprudenciais sobre o tema, tendo em vista que, numa perspectiva pragmática, há casos em que o deferimento da penhora, com o percentual incidente sobre a remuneração, não ofende a dignidade do devedor a ponto de colocá-lo em condições degradantes, o que prestigia a efetividade do processo e a tutela adequada ao direito material.

**Palavras-chaves:** Penhora. Remuneração. Efetividade. Eficiência. Dignidade do executado.

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: silas_andrade16@hotmail.com
[2] Professor -orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte(UNI-RN). E-mail: matusalemdantas@gmail.com

**THE POSSIBILITY OF PLEDGE ON THE EXECUTED'S REMUNERATION FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

**ABSTRACT**

Based on the need to promote efficiency and effectiveness of execution and believing that the pledge of money is the appropriate way for such purposes, we sought to analyze how the Superior Court of Justice faces the pledge of the debtor's remuneration, based on art. . 833, IV, of the Code of Civil Procedure. Because the normative text treats this amount as an unseizable asset, and therefore seeks to analyze the possibilities of judicial restriction of these remuneration types, hence it is important to study the necessary foundations for it to be understood as an unseizable asset, as well as to analyze the reasons for the decision of the STJ to, in some cases, mitigate this guarantee of the executed. Thus, through the inductive approach method, based on concrete cases, allied to the structuralist procedure method, investigating concrete cases to have a general analysis on the subject, it appears that the main decisions of the STJ have respected the legal parameter . However, there are jurisprudential innovations on the subject, considering that, from a pragmatic perspective, there are cases in which the granting of the pledge, with the percentage levied on the remuneration, does not offend the debtor's dignity to the point of placing him in conditions degrading, which honors the effectiveness of the process and adequate protection of material Law.

**Keywords:** Garnishment. Remuneration. Effectiveness. Efficiency. Dignity of the executed.

## 1. INTRODUÇÃO

Segundo dados do Relatório “Justiça em números” 2021 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o tempo médio de prolação de sentença na fase de execução é de 04 anos e 07 meses, enquanto na fase de conhecimento o tempo é de 01 ano e 07 meses. Especificamente na Justiça Federal, o tempo médio de tramitação da fase de conhecimento é de 10 meses; já a fase de execução dura 08 anos e 07 meses.

Fica evidente um descompasso entre a fase de conhecimento e a fase de

execução, chegando-se ao nível de se ter duração de tramitação da execução 10 vezes mais lenta na Justiça Federal. E pior: mesmo com toda essa lentidão, e custos para o Estado daí decorrentes, nada garante a satisfatividade final da tutela, já que em vários casos não se encontram bens do executado para tornar frutífera a execução.

Diante disso, é relevante a discussão de meios que busquem tornar mais eficiente e mais efetiva a atividade executória. Nesse sentido, está a possibilidade de penhora de remuneração do devedor, ciente de que não se trata de tema pacífico, seja pela oscilação do entendimento jurisprudencial, o que gera incerteza jurídica, seja por suas repercussões jurídico-sociais, em razão de constatar-se um direito do exequente em ter seu crédito adimplido e o devedor de ter condições de manutenção de uma vida digna.

O foco do presente trabalho é analisar especificadamente o tratamento legal sobre essa temática, bem como trazer levantamentos de dados que demonstre a atual situação do Poder Judiciário Brasileiro, além de constatar as principais decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de forma a entender qual o posicionamento da cortesobre a matéria.

Para alcançar esses objetivos, a pesquisa foi pautada no método indutivo, partindo de casos particulares sobre a possibilidade de penhora sobre a remuneração do executado a fim de chegar a uma premissa se é possível penhorar a remuneração, conforme o STJ. Dessa forma, utilizou-se do método de procedimento estruturalista, investigando o procedimento executivo através de casos concretos para uma análise mais geral sobre o assunto abordado, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica e documental.

A questão a ser enfrentada durante este artigo é quais os fundamentos para que haja a possibilidade do STJ realizar a penhora ou não de remuneração, tendo em vista que o exequente quer ter o pagamento do seu crédito, entretanto o devedor tem a guarida de ter uma vida digna.

De outro modo, a pesquisa traz o aspecto de como é enfrentada a situação do Poder Judiciário brasileiro, com o objetivo de demonstrar a realidade, através de dados estatístico que possam corroborar para uma melhor análise sobre a demora para conseguir obter a satisfação, trazendo dados comparativos entre as duas fases processuais. Neste enfoque, ao constatar a duração de ambas etapas do processo

judicial, também sendo pertinente destacar os principais fatores para que ocorra a demora excessiva no sistema do judiciário brasileiro.

Os principais dados levantados foram da justiça estadual e justiça federal, pois o foco maior da pesquisa se concentrou em questões atinentes à matéria de competência destas. Por conseguinte, ainda trouxe um aspecto de índice de produtividade e a taxa de congestionamento enfrentado pelo Poder judiciário, bem como mostrando números que pudessem evidencia a dimensão do procedimento executivo e os motivos para que tenha esses números.

Com efeito, na perspectiva do Código de Processo Civil, algumas inovações em comparação com a lei revogada, percebe-se a mudança ao tratar sobre quais bens são impenhoráveis, tendo deixado o termo "absolutamente" para somente tratar como bens impenhoráveis, ainda assim, houve uma incidência de uma nova regra para a remuneração, sobretudo, a excepcionalidade de 50 salários mínimos mensais. A vista disso, o trabalho é voltará sobre essa problemática que circunda este tema, mostrando as visões de doutrinadores e entendimentos dos ministros do STJ, a fim de colocar em debate as visões sobre essa temática.

Além disso, também propõe uma discussão teórica sobre o fundamento do porquê foi criado tal condição para impenhorabilidade de remuneração, visando apresentar o conceito do mínimo existencial e quais os seus aspectos e consequências para o procedimento executivo, bem como a sua origem histórica e suas características que repercutem por um viés democrático, porque efetiva-se com sua ligação com os direitos sociais previstos na Constituição Federal.

O presente trabalho se pautou em verificar as principais situações de entraves, fundamentando em casos concretos tema, através de levantamento de campo das decisões judiciais do STJ, com o fito de como o tribunal superior competente constitucionalmente de interpretar tal temática enfrenta tal temática, a qual é submetida aos ministros.

A partir disso, foi possível trazer um arcabouço teórico sobre tal situação e como a praxe forense atua a respeito desse assunto, tendo sido demonstrado, por meio de casos concretos, algumas posições adotadas, no tocante a penhorabilidade de remuneração, mostrando que em determinados assuntos já há uma posição majoritária sobre uma hipótese concreta que foi submetida ao STJ, assim como não há uma aplicabilidade geral para todo e qualquer caso.

## 2. PANORAMA DA EXECUÇÃO NO BRASIL

### 2.1 ASPECTOS GERAIS DA FASE EXECUTIVA

O procedimento executivo tem o objetivo de satisfazer uma prestação que já é devida, estando essa obrigação firmada em um título executivo judicial ou extrajudicial, pois assegura ter a tutela jurisdicional efetivamente cumprida, garantindo assim a concretude do bem da vida pleiteado pelo exequente reconhecida na fase de cognitiva, ou até mesmo de títulos que a própria lei atribua como tal, no caso, os títulos executivos formados fora do poder judiciário. Diante disso, no intuito de consubstanciar a relevância desta temática, faz-se oportuno destacar o raciocínio de Cândido Rangel Dinamarco:

> Executar é dar efetividade e execução é efetivação. A execução forçada, a ser realizada por obra dos juízes e com vista a produzir a satisfaça de um direito, tem lugar quando esse resultado prático não é realizado espontaneamente por aquele que em primeiro lugar deveria fazê-lo, ou seja, pelo obrigado. (DINAMARCO, 2009, p. 31).

Nesse sentido, o cumprimento voluntário em que o próprio devedor satisfaz a dívida sem que haja atos do próprio Estado perante a ele, caso não cumpra voluntariamente surge à possibilidade daquele que obteve o provimento jurisdicional em detrimento do executado a oportunidade de buscar o cumprimento forçado daquela decisão judicial, tendo o objetivo de alcançar o bem da vida, existindo várias medidas coercitivas indireta na qual há uma participação do juiz em levar o devedor a pagar a obrigação fixada, podendo o magistrado utilizar de bloqueio de bens e valores, penhora, protesto e outras medidas atípicas para buscar a satisfação do exequente.

Visto isso, a modalidade penhora que utiliza a apreensão do bem, após ocorrida a intimação do devedor, caracteriza-se por uma medida constrição de um bem do devedor na finalidade de ser usada para o pagamento da dívida, buscando garantir a satisfação do exequente. Desse modo, o instituto penhora vem garantir o cumprimento efetivo da dívida que está sendo submetido, seja no cumprimento de sentença ou no processo de execução autônomo.

Posto isto, percebe-se a importância de tal instrumento para restringir

determinados bens do devedor e garantir o cumprimento da obrigação, assim sendo, resta-se evidente que o devedor ao longo desse procedimento executivo, já fica uma situação desvantajosa por ter que ceder do seu acervo patrimonial, necessitando uma proteção de determinados bens que via de regra não poderia sair esfera do devedor, pois estaria nas condições mínimas de existência, caso fosse a capacidade de prejudicar o patrimônio mínimo do executado, criando situações que possam ofender os recursos mínimos de e uma vida digna, os quais são garantidos pela Constituição Federal, não podendo a execução sobressair a tais direitos do executado, visando assim garantir condições essenciais para manutenção do devedor.

## 2.2. IMPENHORABILIDADE DE BENS

Primeiramente, cabe ressaltar que a redação dada pelo Código de Processo Civil trouxe uma nova roupagem para os bens impenhoráveis, retirando o termo "absolutamente" para somente quais são os bens que não podem recair penhora.Desse modo, o interesse do legislador de alterar o texto trouxe uma mudança significativa, no caso, demonstra que para o procedimento executivo que alguns bens impenhoráveis admitem exceções para casos que se façam necessários a privação destes bens da seara do devedor.

Desse modo, a justificativa para que determinados bens impenhoráveis não sejam transferidos para a esfera do exequente, pois há um fundamento humanitário e social para tal situação, visto que se retirar esses bens do executado, traria uma onerosidade excessiva para o polo passivo do cumprimento de sentença ou do processo de execução autônomo, assim sendo, buscou-se privilegiar esses bens em detrimento do crédito do credor, advindo de uma relação jurídica que foi pactuada anteriormente. Emconformidade com Reinaldo Filho:

> Se o fundamento da regra da impenhorabilidade pressupõe que se evitem sacrifícios patrimoniais exagerados, por outro lado não pretendeu exageros de liberalização. A norma deve ser interpretada dentro de um indispensável plano de equilíbrio entre a concepção humanitária da preservação das condições mínimas de dignidade material do devedor com a necessidade também relevante de se garantir a efetividade da tutela jurisdicional executiva. (DEMÓCRITO, 2009, p. 61).

Assim sendo, torna-se perceptível o conflito entre o direito do crédito do exequente e o direito da vida digna do executado, bem como da sua família, devendo o juiz ponderar tais situações, para que haja a prevalência de qual bem jurídico irá prevalecer no caso concreto.

Nesse sentido, os bens impenhoráveis têm uma fundamentação para ser definida pela lei como tal, pois se justifica a um direito que possa proteger o executado de situações que possam ofender o mínimo de subsistência para a manutenção de sua vida e da sua família, bem como para não afetar a esfera pessoal do executado. Além disso, existem hipóteses quando esses bens se tornam passíveis de ser objeto de penhora, privilegiando-se o crédito doexequente.

## 2.3 INSTRUMENTO DA PENHORA

A penhora é uma forma de assegurar o pagamento da dívida para que seja garantida a satisfação do exequente, bem como a existência de outras modalidades de restrição da propriedade do executado como a adjudicação, alienação ou a apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens, conforme preceitua o art. 825 do Código deProcesso Civil.

No tocante ao instituto da penhora, tendo natureza jurídica de direito processual, poderá ser utilizada quando o devedor não adimpliu voluntariamente a obrigação, dessa forma, necessitando de atos do Estado para entrar na esfera patrimonial do devedor, haja vista que a solução de conflitos sociais, apesar de ser justa, deve ser realizada por meio da atividade jurisdicional, ou nas hipóteses legalmente previstas em lei. Nesse enfoque, esse instituto jurídico está disciplinado nos arts. 831 ao 835 do Código de Processo Civil, havendo também esse instrumento vir a pagar todos os encargos gerados como as custas processuais, valor atualizado da dívida principal e dos honorários advocatícios pela parte que venceu o processo.

Nessa perspectiva, a penhora não poderá ser utilizada em face do devedor quando estes bens objeto de expropriação ser considerados pela lei impenhoráveis ou inalienáveis, tendo esses bens regulados no art. 833 buscando resguardar um direito fundamental do executado sob a ótica constitucional, pois em consonância com o princípio da utilidade a execução não poderá ser utilizada como um instrumento que venha sobressair a parte executada, visto que este procedimento

executivo não é para ser utilizado para prejudicar o devedor, mas para satisfazer o crédito, ou seja, esta fase é para buscar a satisfação de um direito definido por uma tutela jurisdicional.

Assim sendo, esse instituto jurídico pode ainda afetar os frutos e rendimentos de bens que sejam impenhoráveis ou inalienáveis, todavia só terá essa possibilidade quando não houver outros bens que possam ser penhorados, ou seja, na inexistência de bens passíveis de constrição, é admitido a penhora dos frutos e rendimentos desses bens, para melhorelucidação, preceitua Didier Júnior:

> Há casos em que o bem só se torna penhorável à falta de outros bens sobre os quais possa incidir a penhora. Note que não se trata de uma hipótese de impenhorabilidade relativa. Esses bens podem ser penhorados na execução de qualquer crédito. Trata- se, em verdade, de uma regra que consagra uma impenhorabilidade sob condição ou uma penhorabilidade eventual, depende de como se queira enxergar o fenômeno. Os bens são impenhoráveis, desde que haja outros bens sobre os quais possa (p. ex.: art. 834 do CPC) ou deva (p. ex.: art. 835, § 3º, CPC) recair a penhora; diante da falta ou da insuficiência desses outros bens, tornam-se penhoráveis. (DIDIER, 2017, p. 837).

Percebe-se que o legislador protege determinados bens que não podem ser penhorados, mas quando na falta de alguns bens que não podem ser objeto de penhora, surge a oportunidade de penhorar os proveitos econômicos desse bem que o devedor arrecada.

## 3. INEFITIVDADE DA EXECUÇÃO

### 3.1 A MOROSIDADE EXCESSIVA NA EXECUÇÃO

O poder judiciário brasileiro tem uma imagem rotulada pela sua demora para lograr o êxito almejado por uma das partes, acarretando diversos reflexos sociais, marcado por indagações da sociedade para busca de um processo em que busque efetivar a busca pela justiça. Diante desse contexto, os processos de execução têm-se destacado nos últimos anos, sendo a principal fase mais marcante de demora para obter a solução do em favor do exequente.

Segundo José Xavier Carvalho:

> A longa morosidade, que consome a paciência dos credores, e o avultado

> dispêndio que absorve em custaso melhor das massas falidas, são devidos a formalidades inteiramente inúteis, que podem ser eliminadas ou substituídas, sem dano para os credores, sem gravame para os falidos, sem prejuízo para a verdade dos fatos concernentes à qualificação da quebra, à punição dos criminosos e à reabilitação do devedor. (MENDONÇA, 1899, p. 20.)

A demora excessiva já demonstrava ser o principal fator na época quando há uma presença de um formalismo exacerbado para que o processo tenha o devido andamento, ou seja, seguindo estritamente uma regra taxativa, sem possibilidades de adequar determinadas situações para uma celeridade processual mais eficiente.

Para melhor compreensão, a morosidade pode ser classificada de três modos: por via legal, endógena e provocada. A primeira, segundo Ferreira e Pedroso (1997, p. 5), é aquela advinda da própria lei, ou seja, por um formalismo exagerado; a outra seria um resultado das atividades da própria organização judiciária; por fim, a provocada é quando a parte tem a intenção de que o processo não tenha uma celeridade adequada, utilizando assim de mecanismo para evitar um bom andamento processual ou até mesmo por atos do juiz que tem uma postura mais negligente com o processo.

A execução é a principal fase onde a morosidade tem uma incidência maior, baseando em dados do "Justiça em número" de 2021 do CNJ, o poder judiciário tem mais de 75 milhões de processos pendentes no final do ano de 2020, tendo mais da metade desses processos a fase satisfativa.

Diante disso, as estatísticas demonstram que a quantidade de ajuizamento de ações da fase de conhecimento é o dobro comparado a requerimentos de procedimentos executivos, no entanto a quantidade de processos ativos na seara executiva ainda é maior, em torno de 32,8%.

Dessa forma, analisando do ponto de vista histórico a quantidade de demandas executivas em pendência tem aumentado gradativamente, ocasionando um inchaço de estoque no acervo do poder judiciário. De outro modo, a fase de conhecimento costuma gerar uma instabilidade maior, em virtude de pequeno aumento no percentual nos anos de 2015 e 2016 e uma queda em 2017 e 2019.

É válido ressaltar que a parte mais destacada no acervo das execuções é constituída por execuções fiscais, as quais espelham em 68% do estoque em execução, tendo esses processos a maior responsabilidade por altas taxas de congestionamento do judiciário, enquadrando num percentual de 36% dos casos

pendentes e congestionados de 87% no ano de 2020. Muitas vezes, a falta de amparo legal para constrição de bens, evidencia um impasse, pois não há um bem que possa suprir o crédito do exequente por causa de uma blindagem patrimonial.

Visto isso, as execuções fiscais são utilizadas quando não tem mais outro meio da administração pública cobrar os valores por meio extrajudicial, em razão a dificuldade de recuperar tal crédito se torna evidente. Dessa forma, essa modalidade de execução está mais consubstanciada na justiça estadual, a qual tem 83% dos processos, em relação a justiça federal tem 17%, sendo esses a maior taxa de execuções pendentes.

Ressalta-se que, na escala de efeitos desses processos é mais relevante na justiça federal e justiça estadual, pois os processos de execução fiscal na justiça federal têm 46% do seu acervo na primeira instância. Desse modo, compreende-se a maior taxa de congestionamento de execução fiscal na justiça federal, a qual corresponde a 93% do acervo.

A excessiva demora para se concretizar uma execução fiscal no Poder judiciário, considera-se em média de 8 anos e 1 mês. Evidenciando, uma inefetividade de um judiciário por uma demora excessiva para solucionar, através de um formalismo que blinda o patrimônio do devedor.

## 3.2 ÍNDICE DE PRODUTIVIDADE E DESEMPENHO NA FASE DEEXECUÇÃO

Primeiramente, é valido ressaltar a impossibilidade de chegar a um valor exato da produtividade na fase executiva, tendo em vista que a competência da execução é o mesmo juízo que atuou na causa de conhecimento. Dessa forma, a produtividade é baseada na quantidade deprocessos que são arquivados em comparação ao mesmo juízo que atuou na fase executiva.

Visto isso, a fase executiva é sempre menor do que a fase de conhecimento, tanto no aspecto histórico e por tribunal, de acordo com o IPM e IPS-JUD na fase de conhecimento há o dobro de processos arquivados em detrimento da etapa satisfativa. Assim sendo, existe somente quatro tribunais que tem um dado inverso com maior produtividade, sendo eles: TJRJ, TJPE, TJAL E TRT22.

Em relação aos percentuais de desempenho na fase de execução, especialmente no primeiro grau, faz-se necessário considerar a Taxa de congestionamento e o Índice de atendimento à Demanda. O primeiro é um percentual

que trata sobre processo que ainda não foram solucionados, ou seja, estão suspensos ou ainda não tem uma solução para aquele processo. Já o índice de atendimento a demanda é a uma relação entre os processos baixados no período em análise e casos novo durante esse período, sabendo assim o acesso ao devido direito de ação.

A fase executiva no ano de 2020, teve um aumento relevante passando de 106,4% para 117,3%, sendo considerado o maior nível na história em 11 anos, com base no CNJ. Nesse enfoque, percebe-se uma redução nos casos pendentes de execução, pois a quantidade de processos baixados foi maior que as dos casos novos.

No tocante a taxa de congestionamento, o percentual, segundo o CNJ, a execução superou a fase de conhecimento, tendo uma diferença de 17% no total, porém esses valores variam muito por cada tribunal. Desse modo, as maiores diferenças ocorrem na Justiça Estadual, a título de exemplo, ressalta- se o TJDFT com um percentual de 87% de congestionamento na execução e 47% na fase de conhecimento. De outra maneira, a Justiça Federal, no TRF da 5ª Região tem 44 pontos percentuais de diferença, com 24% na fase cognitiva e 68% na fase satisfativa. Em grau de exceção, existe apenas dois tribunais com uma situação contrária, possui maior taxa de congestionamento no conhecimento, sendo o TJPE e TJAL.

## 4. O TRATAMENTO DA LEI PARA PENHORA DA REMUNERAÇÃO

Em relação às verbas remuneratórias, o Código Processo Civil estatui que todos os tipos de contraprestação mediante o esforço para recebê-la são insuscetíveis de penhora, desde que não exceda 50 salários-mínimos mensais, bem como se a dívida for referente à prestação de natureza alimentícia.

Nesse contexto, para melhor explanação de quão amplo é a penhora sobre as espécies remuneratórias, cabe ressaltar a doutrinadora Elenice de Souza:

> [...] será considerada como verba remuneratória aquela que exprimir o sentido de contraprestação. Só se recebe remuneração se dela antevir um esforço por parte do trabalhador, ou seja, ele age diretamente para "merecer" os valores recebidos. Desta forma, diz-se que remuneração é o gênero do qual outras verbas com o mesmo sentido são as espécies. (GONÇALVES, 2011)

Verifica-se que a remuneração é uma contraprestação de um esforço laboral

por parte do empregado, postulando assim os valores que tem para receber, além disso, a remuneração é um conceito mais amplo que abrange todas as formas de contraprestações, pois dentre esta existe vários tipos de contraprestação como: soldos, honorários, vencimentos, salário e entre outros para efeito de penhora.

Visto isso, cabe ressaltar que como dito anteriormente a penhora pode ainda recair sobre a remuneração, pois haverá algumas exceções legais, bem como algumas inovações jurisprudenciais sobre o tema, haja vista que determinados precisará aplicar a razoabilidade e efetividade do juiz no caso concreto para solucionar o conflito envolvido.

Nessa perspectiva a primeira excepcionalidade da constrição remuneratória é a dívida de alimentos, tendo essa hipótese a amparar condições mínimas para o alimentado, visto que sem esse crédito não teria capacidade de ter uma vida digna em consonância com as regras constitucionais, tais créditos são de natureza emergencial, pois é a partir dele que o exequente consegue sustentar seus anseios na sociedade para um bom desenvolvimento nesse meio, cabe então o executado arcar com essas responsabilidades, podendo caracterizar uma hipótese ainda vigente de prisão civil, caso não cumpra com os pagamentos das prestações alimentícias.

Diante disso, em consonância com Humberto Theodoro Júnior:

> Embora a execução moderna esteja focalizada no patrimôniodo devedor, i.e., no objeto sobre que incide a responsabilidade, subsiste, ainda, dentro de algumas regras da execução forçada civil, a possibilidade de submeter o devedor à prisão civil (dívidas de alimentos). Não se pode, entretanto, considerar tal medida coercitiva como objeto do processo de execução, visto que não se destina diretamente a satisfazer o direito do credor. Sua utilização, em caráter excepcional, pelo órgão jurisdicional executivo, representa apenas medida acessória, cujo escopo se manifesta mais no plano psicológico do que no jurídico. É medida de apoio ou de instrumentalização da atividade executiva. Com ou sem ela, porém, o que se busca na execução continua sendo o bem devido, ou seja, a quantia certa pela qual o devedor está obrigado. Enquanto não proporcionada esta quantia ao exequente, a execução não se consuma, ainda que o executado permaneça preso por todo o tempo do decreto judicial. (THEODORO, 2020, p. 430.)

Nesse enfoque, há uma restrição acerca da impenhorabilidade do salário do executado face à prestação de cunho alimentício, pois se trata de um direito de natureza alimentícia, tendo em vista que o alimentado se mantém com tal valor, acarretando assim uma atenção maior do legislador a proporcionar tal exceção. Ressalta-se que a prisão ocasionada pelo inadimplemento com as prestações é uma

forma de coagir psicologicamente o devedor a pagar e não um fim em si mesmo da prisão.

A possibilidade de penhora salarial já é debatida doutrinariamente como forma de garantir a tutela jurisdicional, mas deve-se pautar na perspectivada razoabilidade, pois a contraprestação dada pelo esforço laboral é uma forma da pessoa garantir a manutenção a sua vida, no qual se for feita a constrição dessa renda sem observar as peculiaridades do caso concreto, poderia causar danos ao executado de forma desproporcional para com a sua pessoa e a família. Tomando em base essa discussão, Fred Didier Júnior leciona que:

> É possível mitigar essa regra de impenhorabilidade, se, no caso concreto, o valor recebido a título de verba alimentar (salário, rendimento de profissional, etc.) 47 exceder consideravelmente o que se impõe para a proteção do executado. É possível penhorar parcela desse rendimento. Restringir a penhorabilidade de toda a "verba salarial", mesmo quando a penhora de uma parcela desse montante não comprometa a manutenção do executado, é interpretação inconstitucional da regra. (DIDIER, 2013, p. 578-579).

Diante disso, a possibilidade de penhora da verba remuneratória deverá ser pautada também nos princípios constitucionais de razoabilidade e efetividade para obter a tutela jurisdicional, em virtude se caso for utilizada de forma errada, poderia prejudicar o executado na sua esfera privada e colocá-lo em condições precárias. Além disso, deve-se destacar que, na hipótese em que se ventile o bloqueio de parte do salário do devedor, esta restrição tem que proteger a quantia necessária para assegurar a manutenção da vida do devedor e de sua família.

## 4.1 TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O conceito de mínimo existencial foi tratado na Alemanha, oriunda de uma decisão do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, pois um popular questionava a falta de acessibilidade ao ensino superior, contendo nessa decisão um dever do Estado em ofertar ao indivíduo fragilizado, levando a ele a conseguir da própria entidade estatal este dever.

Diante disso, o Brasil, como um Estado Democrático de Direito, tem como um dos objetivos principais resguardar a dignidade da pessoa humana que deve ser assegurada para qualquer pessoa, por isso os direitos sociais, tais como saúde, lazer,

segurança, moradia, educação e entre outros. Dessa forma, deve ser preservada uma vida digna para continuar mantendo a sua subsistência, e é nesse viés que a própria lei se assegurou para defender a impenhorabilidade total ou parcial da remuneração do executado.

Visto isso, o conceito de mínimo existencial está totalmente atrelado ao modelo de Estado que foi implantado no Brasil, através da soma dos direitos fundamentais sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A primeira forma de compreender a noção de mínimo existencial deve considerar o que são os direitos sociais, à vista disso, esses direitos estão regulados no artigo 6º da Constituição Federal, tendo a aplicação a qualquer pessoa, possuindo a finalidade de garantir o bem-estar do indivíduo.

Outra concepção da promoção desses direitos visa a diminuição da desigualdade social, pois com o sistema econômico adotado, o qual há uma estrutura de determinadas categorias em que existe uma concentração de riqueza, consubstanciando uma disparidade econômica e social, cabendo assim o papel desses direitos sociais proporcionar acesso a toda e qualquer pessoa, sem distinções. Nessa perspectiva, o ponto principal é a igualdade, conforme José Afonso da Silva:

> [...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, 2020, p. 289).

Diante disso, os direitos sociais exercem uma função primordial para a sociedade, haja vista que fornece meios para todo os indivíduos, especialmente os hipossuficientes, que não possuem condições de ter acesso com recursos próprios para assegurar tal condição. Nesse enfoque, esses direitos promovem uma equiparação entre os indivíduos, tendo uma função essencial para uma de vida digna, e por conseguinte, trazendo uma igualdade entre as pessoas.

Ao analisar a expressão mínimo existencial, faz-se necessário observar a dignidade da pessoa humana, sendo um dos alicerces do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana se configura um fundamento, pautado no constitucionalismo trazendo consigo todas as garantias mínimas para um indivíduo, dado que, essas proteções são indispensáveis para o ser humano.

O princípio da dignidade da pessoa humana, é a junção de normas fundamentais e valores humanos que visam garantir o bom desenvolvimento da pessoa, para isso o Estado deve proporcionar que essas garantias fundamentais sejam tuteladas, a fim de traze a condição mínima para as pessoas. Desse modo, esse princípio tem que ser cumprido pelo Estado, por meio de ações regulamentadoras voltadas a atingir a coletividade.

Indubitavelmente, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é o próprio princípio da dignidade da pessoa humana que norteia o Estado, bem como o respeito aos direitos fundamentais, os quais estes exercem uma função para impor limites a entidade estatal, pois traz uma linha a ser traçada para as decisões que devem ser feitas pelo Estado, visando sempre o interesse da coletividade. Visto isso, cabe ressaltar o doutrinadorIngo Wolfgang Sarlet:

> [...] Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a 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 que assegurem 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, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2015, p. 70-71).

Denota-se que a compreensão da dignidade da pessoa humana possui a finalidade de proteger de determinadas condutas que possam ofender o indivíduo, bem como o dever de garantir condições mínimas para a subsistência do indivíduo, e em virtude disso é passível de tutelar um mínimo existencial para promoção de um bom desenvolvimento para uma vida saudável.

Ao analisar tudo isso, o mínimo existencial são todos os direitos sociais que devem ser cumpridos pelo Estado, para manter a ordem democrática e evitar abusos da administração em retirar determinados direitos que são indispensáveis para toda a coletividade, por isso, devem ser respeitados.

## 5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A POSSIBILIDADE DE PENHORA SOBRE A REMUNERAÇÃO DO EXECUTADO

## 5.1 DECISÕES QUE ADMITEM PENHORA PARCIAL DA REMUNERAÇÃO COM ESCOPO DE QUE A CONSTRIÇÃO NÃO OFENDA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A posição jurisprudencial do STJ, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, trazia decisões judiciais que admitiam a possibilidade de penhora da remuneração em hipóteses que não estavam amparadas no estatuto processual. Além disso, existia no própria lei uma exceção para a impenhorabilidade da remuneração, sendo a hipótese de dívidas de alimentos.

No entendimento atual, há alguns pressupostos que o STJ fundamenta em suas decisões para realizar ou negar a penhora de remuneraçãoc. No caso, deve-se considerar as hipóteses previstas em lei e as eventuais particularidades do caso concreto nos autos. De toda sorte, nas situações acima listadas, deverá ser preservado o percentual que garanta dar guarida à dignidade do executado e de sua família.

Diante disso, as excepcionalidades do caso concreto em dívidas comuns não podem atuar de maneira excessiva, pois iria alcançar o mesmo patamar de uma dívida de alimentos, a qual foi excepcionada, através de um escopo de proteger a necessidade do alimentado, bem como ofenderia o interesse do legislador ao criar a referida regra. Dessa forma, o STJ tem que agir com determinada cautela, haja vista que, a lei deve ter sua efetividade no mundo fático, a não ser que esta seja revogada ou declarada inconstitucional.

Visto isso, o entendimento do tribunal cidadão é que para a constrição salarial, tem que ser observada caso a caso, pois as situações excepcionais estão devidamente expressas, tendo em vista que tais regras visam preservar a dignidade do devedor. Por conseguinte, não pode tornar uma regra genérica para essa forma de tratamento excepcional para casos individualizados. Em consonância a isso a Ministra Nanci Andrighi afirma que “a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação de crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família”. (STJ, 2017, on-line)

Ademais, a discussão tratada mostra para mitigar a impenhorabilidade salarial, a situação deverá estar bem delimitada nas hipóteses que se encontram a proteção do devedor, porque tais proteções buscam efetivar o núcleo essencial do executado, assim sendo, havendo uma extrapolação poderia acarretar consequências

contrárias ao viés constitucional que é adotado no país.

Nessa perspectiva, existe a tese que foi firmada, a qual se privilegia o exequente em detrimento do argumento da impenhorabilidade salarial, no qual oriunda de dívida locatícia, porque haveria uma dificuldade maior para os trabalhadores que necessitassem de imóvel para alugar, bem como o crédito que o credor teria, e seria utilizado para o orçamento familiar. Dessa forma, ao o executado alegar a impenhorabilidade salarial, poderia de tal artifício para não pagar as cobranças locatícias, corroborando para figura do mau pagador, nesse sentido o Ministro Raul Araújo:

> Descabe manter imune à penhora para satisfação de créditos provenientes de despesa de aluguel com moradia, sob o pálio da regra da impenhorabilidade da remuneração (CPC, art. 833, IV, e
> § 2º), a pessoa física devedora que reside ou residiu em imóvel locado, pois a satisfação de créditos de tal natureza compõe o orçamento familiar normal de qualquer cidadão e não é justo sejam suportadas tais despesas pelo credor dos aluguéis. (STJ 2019, on-line)

Diante do exposto, tal situação o devedor tinha possibilidade de arcar com a dívida sem que prejudicasse o sustento dele, pois conseguiria pagar o valor sem que possa ofender de forma excessiva a natureza alimentar de tais verbas, sendo o entendimento do STJ plenamente razoável ao caso concreto.

Visto isso, deve ser garantido um processo igualitário, a fim de proteger ambas as partes, de forma que busque se pautar no direito fundamental do devedor a satisfazer o débito com a garantia de sua dignidade seja resguardada, assim como, analisar o direito fundamental do credor de querer a sua dívida seja satisfeita. Nesse enfoque, a redução da remuneração do devedor em face de uma dívida comum, é imprescindível que considere a fração patrimonial efetiva para garantir o mínimo existencial, bem como a sua dignidade e de seus dependentes.

Ciente disso, cabe ressaltar uma decisão que não permitiu a possiblidade de realizar penhora, tratando-se de uma ação de cobrança de um devedor que não efetivou as parcelas do contrato de prestação de serviço, sendo autorizado 10% do vencimento do executado, o qual era um servidor público. Em conformidade com o Ministro Luís Felipe Salomão sobre o entendimento desse caso concreto:

> Nesse contexto, não sendo a hipótese de execução para a satisfação de crédito alimentar, não sendo caso de salário de alta monta, nem tendo sido

> esclarecida qualquer hipótese excepcional que permitisse relativização da regra de impenhorabilidade, entendo dever ser afastada a determinação de bloqueio mensal de percentual de salário da ora recorrente. (STJ, 2015, on-line)

Diante disso, o STJ entendeu que com as peculiaridades do executado que usava sua renda para manter sua condição de subsistência, não evidenciou nenhuma hipótese excepcional que pudesse autorizar a relativização da regra de impenhorabilidade, por isso, foi impedida da decisão do tribunal de origem que autorizou a penhora.

## 5.2 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em relação aos honorários de profissional liberal, encontra-se amparado pelo referido estatuto nas hipóteses específicas de bem impenhorável, dessa forma, o entendimento é pacífico dos tribunais superiores que os honorários advocatícios são verbas de natureza alimentar, carregando assim o status de bem impenhorável.

Diante disso, em que pese tenha essa natureza alimentícia pelo próprio STJ, já existe informativo de jurisprudência em que decidiu a favor da constrição de honorários, quando a situação concreta nos autos evidenciar uma quantia que ultrapasse o valor razoável para o seu sustento e de sua família, tornando- se passível de penhora nos autos.

Assim sendo, o STJ entendeu que durante a antiga égide do Código de Processo Civil de 1973, não era uma hipótese de impenhorabilidade absoluta, acarretando assim, em determinadas situações uma flexibilização a regra, tendo em vista que a interpretação da referida não pode ser uma interpretação literal, mas alcançar a paz social, através de ideais de bem comum e justiça, nos casos concretos que não estejam previstos na lei, visando assegurar a tutela final e a dignidade do executado.

Cabe mencionar o julgado sob a relatório do Ministro Humberto Martins, o qual trata a matéria da seguinte forma:

> Em determinadas circunstâncias, é possível a sua relativização, como ocorre nos casos em que os honorários advocatícios recebidos em montantes exorbitantes ultrapassam os valores que seriam considerados razoáveis para sustento próprio e de sua família. Ademais, o princípio da menor onerosidade do devedor, insculpido no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a

> satisfação do credor, sendo indevida sua aplicação de forma abstrata e presumida. (STJ, 2013, on- line)

Depreende-se que, a partir do caso concreto, é passível ter a noção se caberá ou não a penhorabilidade do advogado, haja vista que, a depender da quantia ganhada, seja em honorários contratuais ou honorários sucumbenciais, poderá ensejar uma constrição da parcela do profissional. Desse modo, a discussão pauta-se do quanto é o valor razoável que ultrapassa o necessário para o seu sustento e de sua família para exigir a penhora de percentual do executado.

A possibilidade de penhora dos honorários deixou um espaço em aberto, pois o STJ não fixou nenhum valor necessário que estipule qual verba excederia ao valor razoável do sustento do advogado, ocasionando uma insegurança jurídica a um tema tão relevante, gerando algumas divergências nos tribunais inferiores, pois alguns consideram que é acima de 10 de salários mínimos mensais ou acima de 20 salários mínimos mensais. Nesse enfoque, a maneira de julgar esse conflito, é verificar o caso concreto, respeitando as hipóteses objetivas expressas na lei, bem como princípios norteadores da execução.

É válido ressaltar que mesmo se a quantia do advogado for superior uma única vez no mês, poderá ser penhorado, inclusive através da própria lei que traz uma hipótese clara sobre a penhora da verba remuneratória do advogado, ciente disto, o julgado sob a relatoria da ministra Nanci Andrigh, colocava em conflito a existência de algumas notas promissórias vencidas e não pagas, tendo o advogado recebido um valor excedente aos 50 salários mínimos mensais da hipótese legal, mas alegou a insuficiência para assegurar a sua subsistência e a de sua família, solicitando uma penhora de 30% dos seus honorários. Nesse contexto, a decisão foi lançada de acordo com a lei, visto que o valor ultrapassava o montante mínimo previsto no estatuto processual, sendo assim, para conceituar melhor, de acordo com a fundamentação da ministra:

> [...] Isso quer dizer que será reservado em favor do devedor pelo menos essa quantia, ainda que os valores auferidos a título salarial entrem para a sua esfera patrimonial de uma única vez e não mensalmente e, por esse motivo, excedam eventualmente muito mais do que este critério prático e objetivo. (STJ, 2018, on- line)

Ou seja, a Ministra fundamentou sua decisão de acordo com o estatuto processual, não importando se os valores que são recebidos pelo devedor seja uma

única vez, mas apenas ultrapassando o limite legal imposto, torna-se passível a constrição da remuneração do profissional liberal.

Ademais, essa linha adotada pelo STJ é a correta para ser seguida, pois o advogado recebendo um valor maior do que previsto na hipótese legal, e além disso, tendo constituído uma dívida em que tenha todos requisitos autorizativos para cobrar no bojo do Poder Judiciário, e claro respeitando a condição digna do executado, é totalmente plausível a constrição remuneratória do advogado, em que pese tenha natureza alimentar.

Por fim, os honorários devem ser preservados, tendo em vista o sentido da renda auferida pelo profissional, no caso de garantir a subsistência, porém parece ser plausível quando a hipótese nos autos demonstrarem um valor que seja maior do que a hipótese legal, mas também ser necessário analisar o caso concreto para ter uma melhor solução adequada para o litígio.

Dessa forma, a insegurança dada pelos entendimentos de qual valor seria maior que o necessário para resguardar o executado e sua família, ocasiona alguns entraves nos tribunais inferiores, gerando assim algumas instabilidades no Poder Judiciário.

## 5.3 SALDO RESTANTE DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR

Ao analisar as decisões do STJ, percebe-se outra situação casuística de hipótese de constrição da remuneração, uma vez que o executado não utilize todo seu saldo da verba remuneratória, no momento em que houve o novo saldo na conta do devedor, a vista disso, abre-se a possibilidade de penhora para esse saldo restante, pois ao não gastar o saldo, essa sobra perde o caráter alimentício, tornando-se, em tese, penhorável.

Nesse contexto, qualquer verba remuneratória que evidencie ao final do mês subsequente, quando receber outro valor de igual natureza, no caso acima do limite razoável ao sustento do executado e de seus familiares, gerando, na verdade, uma reserva financeira ou economia. Por isso, as verbas alimentares não utilizadas no período em que receber o valor para a própria manutenção da vida do devedor, passam a ser aplicações ou investimentos financeiros, razão pela qual não pode prosperar a impenhorabilidade.

Ademais, essas aplicações não incidiriam em nenhuma possibilidade para alguma regra de impenhorabilidade, pois a caderneta de poupança tem uma função diferente de outras aplicações, como bem explicado anteriormente, sendo assim, o entendimento do STJ plausível ao considerar tais valores passíveis de penhora. Além disso, vale destacar a fundamentação da ministra Nanci Andrigh:

> [...] em geral, grande parte do capital acumulado pelas pessoas é fruto de seu próprio trabalho. Assim, se as verbas salariais não utilizadas pelo titular para subsistência mantivessem sua natureza alimentar, teríamos por impenhoráveis todo o patrimônio construído pelo devedor a partir desses recursos.(STJ, 2013, on-line).

Então, a única exceção para blindar o patrimônio de forma que impeça que recaia a expropriação é a modalidade da impenhorabilidade da caderneta de poupança, que poderia ser utilizada para proteger o executado dessa situação de passível penhora nos autos do processo. Ademais, é válido salientar que existe um limite máximo de aplicação na conta poupança para que seja declarada como um bem impenhorável, podendo perder o caráter alimentício caso seja uma aplicação superior ao teto legal.

Ante o exposto, o interesse do legislador foi preservar a dignidade do devedor para ter condições mínimas de subsistência e não tutelar um padrão de vida altíssimo do executado.

## 5.4 GRATIFICAÇÕES DE FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO

O décimo terceiro e férias são gratificações que estão amparadas constitucionalmente, tendo fundamento social para o trabalhador que precisa manter seu bem-estar regulado para não haver condições degradantes do empregado, ciente disso, a parcela que incide na contraprestação do trabalhador, também é assegurado sua impenhorabilidade. Tendo em vista que, há uma composição da verba remuneratória do devedor, no entanto ainda é possível ocorrer a penhora dessas gratificações, caso a dívida seja de natureza alimentícia configura-se a exceção legal prevista para ser passível de penhora.

Diante disso, a excepcional hipótese de penhorabilidade da dívida de alimentos, também incide no décimo terceiro salário e as férias, o que

consusbstanciam que tais dívidas não precisam que o valor auferido pelo devedor seja superior aos 50 salários mínimos mensais, bastando que a própria dívida seja referente a alimentos, daí ser suficiente para afastar a impenhorabilidade do critério objetivo recepcionado pelo Código de Processo Civil de que a remuneração é um bem impenhorável. Dessa forma, o STJ agiu corretamente nesse campo, pois a necessidade do alimentado deve ser levado em consideração para os direitos sociais deste seja resguardado.

## 5.5 RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA

Outro tema relevante em que o STJ analisou para fins de penhora de verbas remunerativas, é o caso de restituição do imposto de renda, a qual é a devolução do valor que foi superior na declaração do imposto. Desse modo, caso algum contribuinte pague um valor a mais, haverá um saldo a ser devolvido e poderá resgatá-lo.

Costumeiramente ocorre quando o contribuinte comprova despesas com educação, saúde e dependentes podem haver deduções do imposto de renda, fazendo com que o saldo a pagar seja menor que o imposto retido na fonte. Nesse contexto, muitos brasileiros têm o imposto de renda retido na fonte, por conseguinte, essa obrigação tributária desconta diretamente da remuneração do devedor, assim sendo, comprovando-se um valor maior do próprio valor declarado na fonte, o Estado tem o dever de devolver essa diferença.

Visto isso, nesses casos de restituição de imposto de renda, o STJ entende que esse valor tem natureza alimentar, porém deve-se analisar o destino desses valores. Dessa maneira, caso seja apenas para casos que evidenciem um reforço financeiro do devedor, poderá ser objeto de penhora, mas caso o valor devido da devolução seja para necessidades indispensáveis para a manutenção da vida do executado, seria impenhorável.

Para corroborar o raciocínio, segundo a ministra Nanci Andrigh:

> Ao entrar na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, a verba relativa ao recebimento de salário, vencimentos ou aposentadoria perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável. (STJ, 2008, on-line)

Ressalta-se que essa decisão foi lançada na égide do antigo Código de Processo Civil, mas ainda é usual no entendimento deste tribunal superior, por isso, fica clara a posição de expropriação da devolução do valor retido na fonte, desde que, tenha um destino de mero reforço financeiro, razão pela qual o bem torna penhorável para fins de satisfação de dívida.

Nesse caso, demonstra-se plenamente razoável se a hipóteses nos autos do processo, desvela uma situação em que não haja a essencialidade da manutenção da vida digna do executado se retirar tal verba valor da esfera de disponibilidade dele. Assim sendo, demonstra-se totalmente plausível se o devedor estiver utilizando apenas para enriquecer seu poderio financeiro, e não podendo utilizar do referido artigo para se valer de uma impenhorabilidade.

Tanto que o fundamento para o legislador ordinário ao criar essa regra de impenhorabilidade é dar guarida à dignidade do executado e de sua família e não criar uma proteção para esbanjar uma condição financeira alta.

## 6. CONCLUSÃO

É de se esclarecer que com o advento do Código de Processo Civil surgiu uma nova roupagem sobre os bens impenhoráveis, sendo retirada a expressão de "absolutamente" impenhoráveis para classificar somente como bens impenhoráveis, caracterizando uma mudança de paradigma, pois traz uma oportunidade de retirar esses bens da esfera de disponibilidade do devedor, mesmo sendo rotulado como bem impenhorável. Desse modo, em que pese a o antigo Código de Processo Civil tratasse de forma que todos os bens não pudesse em hipótese alguma ser objeto de penhora, a jurisprudência já estava se consolidando no entendimento que poderia penhorar esses bens.

Além disso, trazia uma excessiva blindagem patrimonial do devedor, pois se o executado tivesse uma renda elevada, garantindo um custo de vida alto, não poderia ser objeto de constrição percentual de tal remuneração em favor de uma dívida. Por causa disso, o Superior Tribunal de Justiça já vinha superando essas regras para alcançar a satisfação.

No tocante às hipóteses que foram demonstradas, foi possível constatar que as decisões que admitem penhora fundamentam-se no próprio caso concreto,

considerando a previsão legal em estabelecer a remuneração como um bem impenhorável, se bem que as outras hipóteses podem ser relativizadas; visto isso, as particularidades iriam evidenciar se há possibilidade de penhora nos autos, considerando os pressupostos que o próprio STJ destaca, quais sejam: não exista ofensa a hipótese legal e o percentual retirado

da esfera do devedor não seja capaz de colocar o executado em situação degradante.

Ante todo o exposto, tendo em vista que o poder judiciário está com uma taxa de congestionamento muito alta na fase satisfativa, havendo algumas execções, traz uma oportunidade de utilizar a penhora sobre a remuneração do executado para reduzir esse percentual elevado na fase executiva e conseguir satisfação do exequente. Desse modo, garantiria um processo mais célere e razoável, no qual respeite todas as normas fundamentais do procedimento executivo, a fim de tutelar o devedor e não haver um processo que tenha objetivo de cunho vingativo, mas sim de obter um processo igualitário, equilibrando entre duas medidas, no caso, o exequente em ter amparo para conseguir o bem da vida legalmente constituído e o executado de garantir a condição de vida digna.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Árcodão nº 1.747.645. Resp 1747645(2018/0113440-4 de 10/08/2018). Brasília. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1735734&num_registro=201801134404&data=20180810&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Árcodão nº 1235267. **Recurso Especial Nº 1.330.567 - Rs (2012/0129214-0)**. Brasília. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1235267&num_registro=201201292140&data=20130527&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Árcodão nº 1633577. **Recurso Especial Nº 1.673.067 - Df (2015/0136329-4)**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1633577&num_registro=201501363294&data=20170915&formato=PDF. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Árcodão nº 917524. **Recurso Especial Nº 1.059.781 - Df (2008/0111178-0)**. Brasília, Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=I

TA&sequencial=917524&num_registro=200801111780&data=20091014&petica o_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Árcodão nº 1374937. **Embargos de Divergência em Resp Nº 1.330.567 - Rs (2013/0207404-8)**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1374937&tipo=0& nreg=201302074048&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141219&for mato=PDF&salvar=false. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Árcodão nº 1815584. **Agint no Agravo em Recurso Especial Nº 1.336.881 - Df (2018/0190204-0)**. Brasília, Disponível em:https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?component e=ITA&sequencial=1815584&num_registro=201801902040&data=20190527&p eticao_numero=201800621989&formato=PDF. Acesso em: 18 out. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. [*S. l.*: *s. n.*], 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8798.Acesso em: 23 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021. Brasília:CNJ, 2021 Disponível em:< https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 2 set. 2021.

GONÇALVES, Elenice de Souza. A importância na diferenciação das verbas remuneratórias das indenizatórias. OAB Santa Catarina. set. 2011. Disponívelem: 54 . Acesso em: 10 set. 2021.

GRZYBOWSKI, Gessyka Rochmann. **A Relativização da Impenhorabilidadedo Salário em face do Direito do Credor**. 2014. 15 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_ processual_civil/edicoes/n3_2014/pdf/GessykaRochmannGrzybowski.pdf. Acesso em: 01 set. 2021

MARQUES, Karine Pereira. A penhorabilidade do salário no novo Código deProcesso Civil Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 set 2021. Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52982/a-penhorabilidade-do-salario-no-novo-codigo-de-processo-civil. Acesso em: 21 set. 2021.

PEREIRA, Aline Ribeiro. Saiba mais sobre a dignidade da pessoa humana e omínimo existencial. 2020. Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/minimo-existencial/#. Acesso em: 20 ago. 2021

SILVA, José Afonso da. Curso Direito Constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 893 p. Disponível em: https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/37785/2453-AFONSO-DA-SILVA-Jos-Curso-de-direito-constitucional-positivo.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

SILVA, NATAN CIPRIANO. O NOVO CPC E A POSSIBILIDADE DE PENHORA DE SALÁRIOS. **BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO**, [*S. l.*], p. 122-131, 21 nov. 2016. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/open-

# **A PRIMEIRA INFÂNCIA DENTRO DO CÁRCERE:** UMA ANÁLISE DAS CRIANÇASENCARCERADAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sofia Castro Gadelha Simas[1]
Walber Cunha Lima[2]

**RESUMO**

Os estabelecimentos prisionais não foram historicamente ou estruturalmente pensados como um ambiente a ser ocupado por recém-nascidos ou crianças. Contudo, com o gradual aumento do encarceramento feminino, constatou-se que muitas dessas mulheres estavam grávidas ou com filhos, o que gerou a necessidade de analisar a questão sob uma perspectiva diferente. Assim, com esse novo panorama em que uma criança é inserida, durante seu momento de maior vulnerabilidade, em um âmbito regado de violações aos direitos mínimos da população carcerária feminina, verificou-se a imprescindibilidade de se tratar dessa temática. Dessa forma, ao estudar a questão da primeira infância dentro do cárcere, em específico a situação da criança nascida de mulher privada da sua liberdade, objetivou-se, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, examinar o que diz o ordenamento jurídico quanto aos direitos destes infantes, expondo a realidade fática em que se encontram imersos. Trata-se de uma pesquisa que tem como método o dedutivo, advindo de uma análise dos preceitos legais que deveriam ser garantidos pelo Estado aos infantes, em busca de uma síntese crítica quanto a existência ou não do aparato necessário para uma primeira infância digna no contexto da maternidade no cárcere.

**Palavras-Chave:** Primeira infância. Maternidade. Cárcere. Dignidade.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email:sofiasimas@gmail.com.
[2] Professor-orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do CentroUniversitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br.

**THE FIRST CHILDHOOD INSIDE PRISON:** AN ANALYSIS OF INCARCERATED CHILDREN IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF DIGNITY OF THE HUMAN PERSON.

**ABSTRACT**

Prison facilities were not historically or structurally thought of as an environment to be occupied by newborns or children. However, with the gradual increase in female incarceration, it could be seen that many of these women were pregnant or with children, which generated the need to analyze the issue from a new perspective. Thus, with this new panorama in which a child is inserted, during his/her moment of greatest vulnerability, in an environment fraught with violations of the minimum rights of the female prison population, it was found that it is essential to talk about this theme. Therefore, when studying the issue of early childhood in prison, specifically the situation of the child born to a woman deprived of her liberty, the objective was, from the principle of human dignity, to examine what the legal system says regarding to the rights of these infants, exposing the factual reality in which they are immersed. This is a research that uses the deductive method, starting from an analysis of the legal precepts that should be guaranteed by the State to infants, in search of a critical synthesis as to the existence or not of the necessary apparatus for a dignified early childhood in context of motherhood in prison.

**Keywords:** Early childhood. Maternity. Prison. Dignity.

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional, desde a sua idealização, teve a estrutura voltada para as condições masculinas e, mesmo tendo-se constatado que nas últimas décadas a inserção do gênero feminino no cárcere apresentou um aumento significativo, até hoje, as necessidades destas mulheres e, consequentemente, a de seus filhos, continuam sendo ignoradas. As crianças que se encontram em situação de cárcere em decorrência da detenção de suas progenitoras, além de possuírem o direito à liberdade corrompido, vivem, na maior parte das vezes, em circunstâncias que não conseguem

proporcionar aquilo que é necessário para uma vivência e desenvolvimento adequados, uma vez que já nascem inseridos em um ambiente onde há violações graves não só ao princípio da dignidade humana, como das demais garantias legais voltadas às crianças.

Em contrapartida, tal questão, que deveria estar sendo cada vez mais alvo de reflexões, mudanças e aperfeiçoamentos, não dispõe de muita visibilidade, não é sujeito de providências e nem mesmo tem as disposições já existentes respeitadas, aumentando a necessidade de uma ênfase perante a sociedade.

Diante deste cenário de invisibilidade e violência, o presente artigo tem como finalidade expor as condições em que vivem os infantes no contexto da maternidade no cárcere, de forma a promover uma reflexão acerca de seu pleno acesso, ou falta deste, à dignidade da pessoa humana, princípio expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 como um de seus fundamentos. Para isso, traz-se o referido princípio como requisito primordial à proteção da existência do ser humano, o que justifica a sua correlação com os direitos da personalidade e, consequentemente, com os direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, esta pesquisa foi dividida em três tópicos principais. No primeiro, apresenta-se os conceitos de pessoa, de personalidade e dos direitos da personalidade, trazendo, inclusive, sua evolução histórica dentro do cenário jurídico. No segundo, identifica-se alguns dos preceitos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro que, teoricamente, deveriam garantir o acesso à uma primeira infância digna aos infantes aqui em contexto. Assim como expõe o julgamento ocorrido perante o Supremo Tribunal Federal, este do *Habeas Corpus* coletivo n° 143.641/SP. E, no terceiro, trata acerca da realidade fática enfrentada pelas crianças que, ao nascerem já inseridas no sistema carcerário feminino, permanecem nele.

Para tanto, foi-se utilizado o método de abordagem dedutivo, assim, partindo de uma análise generalizada não somente do princípio da dignidade da pessoa humana, como também dos direitos garantidos legalmente aos infantes, verificando-se a eficácia de tais preceitos na realidade fática em que estas crianças se encontram inseridas.

Ademais, fazendo uso dos métodos de procedimento histórico, estatístico, funcionalista e tipológico, com o propósito de, respectivamente, analisar a evolução dos conceitos de pessoa, personalidade e direitos da personalidade, de modo a

proporcionar uma melhor compreensão do princípio da dignidade; examinar os dados existentes quanto ao número de crianças vivendo em situação de cárcere; fazer uma análise sob uma perspectiva social e ponderar quais melhorias poderiam ser feitas no sistema prisional para um melhor alcance aos direitos da personalidade das crianças. E, por fim, empregando as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, por meio da análise de legislações, doutrina, teses, estudos, jurisprudência e qualquer outro meio que viabilize uma maior compreensão sobre o assunto.

## 2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

### 2.1 CONCEPÇÃO DE PESSOA E PERSONALIDADE

Diante do aumento significativo da população carcerária feminina e a consequente introdução constrita de crianças às estruturas prisionais, levando em consideração o contexto de invisibilidade, violência aos direitos essenciais e negligência para com as necessidades femininas, principalmente aquelas referentes à maternidade, em que ambos se encontram inseridos, constata-se a importância de uma ênfase aos infantes que se encontram em situação de cárcere em decorrência da detenção de suas progenitoras. Com esse intuito, para que se possa promover reflexões acerca do acesso destas crianças à dignidade da pessoa humana, mostra- se indispensável a compreensão do supramencionado fundamento como princípio precursor de todo o ordenamento jurídico brasileiro, partindo, para isto, da concepção de pessoa, personalidade e dos direitos da personalidade.

Segundo Cantali (2009, p. 27), a ideia de pessoa e personalidade se mostra imprescindível para a compreensão do fenômeno jurídico, uma vez que o Direito é contemplado tendo como destinatário o próprio ser humano em convivência. Desse modo, o Direito existe por causa da pessoa humana, que, como protagonista do cenário jurídico, na evolução dos tempos, sempre demonstrou reconhecer direitos baseando-se em suas novas necessidades, de modo a proteger tudo aquilo que se mostrasse essencial à sua vivência.

Os conceitos de personalidade e pessoa, apesar de não serem unívocos, comportando diversas acepções e origens, detêm uma grande carga de importância para aquilo aqui discutido, posto que fazem com que o jurista se atente ao maior

tutelado do Direito, o ser humano. Assim sendo, antes mesmo de adentrarmos à percepção atual destes conceitos, para uma melhor cognição, veremos uma sucinta evolução histórica de sua construção e respectiva relevância em sociedade.

A Grécia, desde a sua origem, trouxe à tona questões inerentes à tutela da personalidade da pessoa humana, sendo, para muitos, onde o princípio da personalidade, através da diferenciação entre as categorias de personalidade e capacidade jurídica, nasceu. Em sentido parecido, era o que ocorria na Roma Antiga, local em que se era restringido os direitos da personalidade àqueles que possuíssem os *status libertatis,* qualidade denominada às pessoas livres; *status civitatis,* categoria de cidadão, designada apenas a parte da população; e o *status familiae,* inerente qualidade de pater famílias (SOUSA, 1995, p. 47).

Quanto a este período histórico, o que se possibilitou perceber foi que, não obstante a existência de ferramentas voltadas à proteção da dignidade humana, o homem, como colocado por Diego Costa Gonçalves (2008, p. 23-24), tinha a sua individualidade sacrificada em prol da universalidade.

Mais adiante, de acordo com Amaral (2002), o Cristianismo, ao discernir sobre a existência de uma ligação entre o homem e Deus, não somente criou, como também desenvolveu a ideia da dignidade humana. No mesmo sentido, Garcia Rúbio (2001, p. 304), a partir das discussões sobre a relação existente entre o homem e a Santíssima Trindade, afirma que foi com o feito à imagem e a semelhança divina que se chegou à analogia entre o indivíduo humano e pessoa, ou seja, de que todos possuem uma "substância individual de natureza racional".

Assim, com o Cristianismo, o indivíduo passou a ser exaltado como uma figura única, a qual era constituída, em parte, de dignidade.

Já a partir do Renascimento do século XVI, este dominado por ideias humanistas, o pensamento acerca da tutela da personalidade humana já consta instalado entre as reflexões jurídicas, encontrando, finalmente, o espaço necessário para o seu desenvolvimento (FERMENTÃO, 2006, p. 241-266).

Com o liberalismo, desenvolvido na Inglaterra, ao final do século XVII, houve o reconhecimento da proteção da pessoa humana pelo Estado (SZANIAWSKI, 1993, p. 35), entendimento este que repercutiu em diversos outros países, como Alemanha, Áustria, França, Portugal, dentre outros.

Em suma, para Carlos Alberto Bittar (2008, p. 19), ao falarmos da tutela dos

direitos da personalidade, deve-se destacar certos fatos históricos de sua concepção, a saber:

> A teoria dos direitos da personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao Cristianismo, em que se assentou a idéia da dignidade do homem; b) à Escola do Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondente à natureza humana, a ela unidos indissoluvelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do Iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo, frente ao Estado.

Portanto, percebe-se que, embora existissem diferentes instrumentos voltados à proteção do homem em variados tempos e ordenamentos anteriores, a concepção de pessoa e personalidade, como atualmente, e a admissão - inclusive taxativa - da pessoa humana como valor universal, é recente.

No Brasil, a proteção dos direitos da personalidade, como se mostra hodiernamente, surgiu com a Constituição Federal de 1988, a qual, além de reconhecer a dignidade da pessoa humana como fundamento supremo do ordenamento jurídico, declarando a condição da pessoa como seu valor-fonte (REALE, 1998, p. 62), adveio com diversos direitos fundamentais protetores do ser humano e suas ramificações.

Anteriormente à referida lei maior, o Código Civil de 1916 tinha o significado de pessoa apenas como sujeito de direitos e deveres, e a personalidade, em sentido jurídico, era praticamente tida como um sinônimo de capacidade jurídica. Por esse ângulo, tem-se o posicionamento de Roxana Borges (2007. p. 9-10):

> A noção de pessoa e, consequentemente, de sujeito de direito era tida como meramente formal, sem conteúdo, pois significava nada mais que a situação de um ente a quem o ordenamento jurídico reconhecia a potencialidade de participar de relações jurídicas, a potencialidade de adquirir direitos e deveres. [...] Assim, o homem, ao ser dotado de personalidade jurídica, não era considerado como ser humano dotado de dignidade, mas apenas como parte numa relação, um dos pólos num vínculo tecnicamente previsto que ligava um ao outro, atribuindo a esses polos direitos e deveres técnicos (jurídicos). Dessa forma, as pessoas, juntamente com os fatos e os objetos, eram nada mais que a matéria-prima das relações jurídicas. E, na condição de matéria-prima, eram, por consequência, valoradas como meio.

Entretanto, ao compararmos os princípios constitucionais da atual sistemática do direito brasileiro com estes conceitos, podemos notar o porquê da consequente obsolescência do anterior instrumento civil com a chegada da carta magna vigente,

tanto quanto ao conceito de pessoa, como ao de personalidade. Assim, cumpre questionar, quais os conceitos atuais de pessoa e personalidade?

Para Maria Helena Diniz (2011, p. 242), a palavra "pessoa" tem como significado jurídico de:

> (..) ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 98), "o conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa", de modo que todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, adquirindo, automaticamente, personalidade. Em suma, para este autor, a personalidade é:

> (..) qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. (...) é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres.

Similarmente, Pontes de Miranda traz a personalidade como o possibilitador da ocorrência do nosso encaixe perante os fatos jurídicos, ou seja, aquilo que nos possibilita ser sujeito de direitos (1972, p. 209). Reafirmando, posteriormente, em sentido parecido que "a personalidade em si não é direito; é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direito" (2000, p. 216).

Dessa forma, temos que a pessoa humana traz em si características pertencentes a sua personalidade, que – por se encontrarem tuteladas através dos direitos da personalidade – lhe são extrapatrimoniais, genéricas, absolutas, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, intransmissíveis, impenhoráveis, necessários, preeminentes e essenciais (FIUZA, 2009, p. 172-173).

Os direitos da personalidade fazem referência a um conjunto de bens tidos como próprios do ser humano, os quais chegam a confundir-se com ele mesmo e caracterizam manifestações da personalidade do próprio sujeito. Podendo-os definir, ainda, como uma categoria especial de direitos subjetivos que, por serem fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o seu desfrute e respeito, em todos os seus

atos e âmbitos (BELTRÃO, 2004, p.15-17).

Para Pablo Stolze e Gagliano Filho (2004), os direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

Em complemento, Carlos Alberto Bittar (2008), ainda afirma que os mesmos formam prerrogativas cuja ausência torna a personalidade uma disposição totalmente inatingível, sendo, portanto, direitos essenciais à estrutura desta.

Quanto a esta essencialidade trazida por Bittar, verifica-se que a mesma tem sido alvo de muita discussão doutrinária, não questionando a sua imprescindibilidade perante a vida do ser humano, visto que esta já conta devidamente comprovada, mas acerca da possibilidade de se considerar direitos da personalidade como direitos fundamentais.

Entretanto, ao final, prevalece o entendimento de que os direitos da personalidade são direitos fundamentais, uma vez que, além de serem garantias decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana adotado pela República Federativa do Brasil, também derivam da proteção à subjetividade do ser humano.

Neste sentido é a opinião de Alexandre dos Santos Cunha (2002, p. 261), para quem

> os direitos da personalidade são direitos fundamentais do indivíduo, subsumidos no princípio da dignidade da pessoa humana, em si direito fundamental, e, devendo ser alvo da tutela do Estado, são campo de livre exercício da autonomia privada, dela constitutivo, não podendo ser limitados senão tendo em vista a salvaguarda de direitos de terceiros.

Dimitri Dimoulis (2006, p. 99-126), apesar de reconhecer e participar das discussões voltadas à definição dos direitos fundamentais com referência exclusiva à normas constitucionais, acredita que todos os direitos da personalidade, independentemente da conjuntura de sua previsão legislativa, sejam de forma constitucional ou infraconstitucional, podem ser considerados direitos fundamentais, desde que sempre apresentem-se de acordo com a Lei Maior.

> (..) parece problemático definir os direitos fundamentais com exclusiva referência a normas constitucionais, já que alguns autores invocam fontes extra ou supraconstitucionais (direito internacional público, princípios jusnaturalistas e morais) e, mesmo no âmbito do direito positivo nacional, não podemos negar o impacto do direito infraconstitucional na concretização dos direitos fundamentais. (...) Finalmente, a relevância do direito

> infraconstitucional é incontestável, mas se faz sempre necessário avaliar a conformidade constitucional de cada norma geral ou decisão sobre casos concretos, preservando a supremacia das previsões constitucionais.

Ou seja, estamos diante de uma relação existente, mas não recíproca, visto que, apesar de todos os direitos da personalidade caracterizarem como fundamentais, nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade.

Ademais, um aspecto importante recentemente atribuído aos direitos da personalidade, foi a sua subjetividade. Através da mesma, estes direitos passam a garantir ao seu titular o poder de agir em defesa dos bens e valores imprescindíveis à personalidade, de modo a possibilitar que o indivíduo, estando diante de uma omissão aos seus direitos, provoque a atuação de uma sanção, e não a viabilidade de extinguir o próprio direito (FERMENTÃO, 2006, p. 241-266).

Dos conceitos aqui apresentados, podemos notar que os bens jurídicos tutelados pelos direitos da personalidade não contemplam a personalidade em si, mas sim aspectos e manifestações a ela pertencente. Assim, cumpre-nos afirmar que os direitos da personalidade têm como finalidade a tutela das particularidades pertencentes à personalidade, os quais a sua omissão resultaria na supressão da mesma.

Dessa forma, levando em consideração que os direitos da personalidade se encontram "inexoravelmente unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade" (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 174), passando, assim, a expressar o mínimo imprescindível à vida digna, é evidente a necessidade de sua proteção, uma vez que, como demonstrado, estes tutelam o próprio indivíduo, o qual constitui o centro de todo o Ordenamento jurídico pátrio.

Após a análise dos conceitos anteriormente trazidos, constata-se nítida a importância dos direitos da personalidade para a vida da pessoa em comunidade e da sua respectiva proteção por nosso ordenamento jurídico, assim como, acima de tudo, nos possibilita prever a magnitude dos - não somente possíveis, como prováveis - prejuízos que àqueles cuja a tutela não venha a ocorrer devidamente tendem a passar.

Nesse ínterim, a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como valor precursor dos direitos da personalidade, iremos analisar as crianças que, em consequência da pena de suas genitoras, se encontram inseridas no cenário prisional

feminino brasileiro, assim como o seu respectivo acesso ao referido fundamento.

## 2.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O presente estudo tem como finalidade principal promover uma reflexão acerca do pleno acesso, ou falta deste, à dignidade da pessoa humana - princípio expressamente previsto no artigo 1° da Constituição Federal de 1988 como núcleo fundante do ordenamento jurídico - aos infantes no contexto da maternidade no cárcere.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
> III – a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Não obstante a previsão deste Princípio como paradigma jurídico perfeito, assim como o dever de sua garantia por parte do Estado Democrático de Direito, quando sob a ótica do sistema carcerário, verifica-se um nítido distanciamento entre os preceitos legais e a realidade fática.

Ocorre que, ao analisarmos o âmbito carcerário feminino, é nítido o privilégio dado pelo governo ao desempenho do seu direito, pelo qual também legitima-se, de punir a progenitora das crianças, em detrimento à preservação dos direitos fundamentais de ambas. Ou seja, o Estado, ao exercer o seu poder de punir, tem atingido diretamente não somente a liberdade, mas também o direito ao acesso a uma vida digna destas mulheres e, consequentemente, a de seus filhos. Vejamos.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como a

> a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 assegurem 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2011, p. 73).

Outrossim, de acordo com Barroso (2014, p. 14), o entendimento moderno

sobre dignidade da pessoa humana, se define na inferência de que cada ser humano é possuidor de valor intrínseco e dispõe de uma posição especial no universo.

De outro modo, para Antonio Enrique Pérez Luño (2010, p. 324), a dignidade humana demonstra-se em duas dimensões, a negativa, a qual garante respeito e proteção ao indivíduo, de modo que este não seja objeto de ofensas e humilhações; e a positiva, em que se é assegurado o desenvolvimento da personalidade de cada ser humano.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se conceituar como sendo uma "cláusula geral" voltada à tutela do indivíduo que, possuindo como objetivo a preservação do respeito e do fomento dos direitos individuais em todas as suas concepções, "como integridade física, moral e intelectual, bem como ao desenvolvimento de sua personalidade", fundamenta a correlação dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro (SIQUEIRA; ROSOLEN, 2015, p. 251-281).

Sendo assim, levando em consideração que, segundo Fermentão (2006, p. 241-266), discorrer em proteção à pessoa humana como finalidade do Estado equivale a afirmar que cabe ao mesmo proporcionar as condições necessárias para que as pessoas possam desenvolver o seu potencial e, diante disto, serem pessoas dignas; para que o Estado exerça o seu dever de promover a dignidade da pessoa humana, antes de tudo, deve conceder um complexo de regalias mínimas que possibilitem o seu acesso à população, isto é, prerrogativas sem as quais o indivíduo não consiga auferir uma vida digna.

Nessa conjuntura, Sarlet afirma que:

> Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio de injustiças (SARLET, 2011, p. 73).

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro não possuir previsão constitucional expressa promovendo proteção ao mínimo existencial, este tem como finalidade a garantia das condições mínimas à uma existência digna, coincidindo, oportunamente, com o objetivo do Estado Democrático de Direito e do bem-estar social, ambos

adotados por nossa Carta Magna de 1988.

Por outra perspectiva, ainda sem sair daquilo considerado como garantia fundamental ao indivíduo, tem-se o afeto, que, atualmente, é considerado direito da personalidade, proveniente dos princípios da solidariedade e da dignidade (CARDIN; FROSI, 2010, p. 6860).

Este, segundo Angeluci (2005, p. 411), por caracterizar prerrogativa necessária à estruturação da vida do ser humano, "representa importante elemento para a realização da dignidade humana", o qual é obtido, primariamente, através do elo familiar.

À vista disso, para que o modelo de Estado adotado pelo Brasil venha a cumprir com os seus deveres e, assim, atingir aos seus objetivos constitucionalmente previstos, tem-se que este necessita garantir ao máximo os direitos e garantias fundamentais.

Contudo, em decorrência de um sistema carcerário completamente deficiente, no qual as detentas, imersas em uma realidade marcada pela crise estrutural e superlotação, se encontram em um cenário em que lhes é negado até mesmo aquilo considerado por muitos abaixo do mínimo existencial, nos deixa apenas o questionamento da possível sobrevivência da dignidade dessa população.

Assim, partindo daquilo anteriormente defendido por Angeluci (2005, p. 411) e por Cardin e Frosi (2010, p. 6860), tem-se que, no sentido de preservar o afeto através da convivência familiar entre mães detentas e seus filhos, teoricamente, não constata-se aspectos negativos. A disfunção surge a partir do momento em que, para que esta atribuição possa ser mantida, na prática, crianças são levadas aos estabelecimentos prisionais, visto que, diferentemente do ambiente construído baseando-se em afeto, segurança e cuidado no qual a primeira teoria foi idealizada, estes infantes são inseridos em celas insalubres, superlotadas e regadas por cenários violentos, em sua maioria, ineptos ao acesso à vida digna prometida através da legislação.

Necessária se faz a sobrevivência dessa população como demonstrado em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, incoerentemente com a realidade fática, várias são as normas, constitucionais e infraconstitucionais, voltadas à proteção dos direitos dessas crianças.

## 3 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DO ACESSOA UMA INFÂNCIA DIGNA.

Ainda à vista da afirmação da dignidade humana como princípio fundante do ordenamento jurídico e da respectiva previsão de sua proteção no plano abstrato, faz-se necessário a existência de um sistema eficiente, de forma que garanta a proteção, a qualquer violação ou ameaça que se encontrem expostos, os anteriormente referidos direitos essenciais ao alcance do mesmo.

Nesse sentido, tem-se que, além do conjunto de direitos e garantias fundamentais e universais ao ser humano, que, como dito previamente, possuem como finalidade primordial o respeito à sua dignidade e a garantia de condições mínimas para um desenvolvimento adequado, se tem atribuições que se enquadram perfeitamente ao contexto das detentas grávidas e às suas crianças, decorrentes de preocupações que surgiram substancialmente apenas em 1988, com a promulgação de nossa lei maior. Vejamos.

### 3.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

No Brasil, as questões femininas no cárcere, dentre elas aquelas voltadas à maternidade, começam a ser alvo de maiores preocupações a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Em seu artigo 5°, inciso L, garantiu-se expressamente o direito das presidiárias de permanecerem com os seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, 1988). Questão esta que, apesar de não ter a visibilidade merecida, quando observada em paralelo aos demais direitos da criança – como o da liberdade ou até o do melhor interesse do menor – é sujeito de inúmeros questionamentos e pensamentos divergentes.

Outro ponto importante é o trazido pelo inciso XLV, do artigo 5°, o qual trata do princípio da pessoalidade da pena, bem como do princípio da intransferência da mesma, ao afirmar que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado" (BRASIL, 1988).

Mais adiante, tem-se demonstrada a busca pelo resguardo da instituição familiar quando, em seu artigo 226, a Constituição Federal afirma que a família é a

base da sociedade, e tem especial proteção do estado (BRASIL, 1988).

Já os infantes, de forma absoluta, por força do artigo 227 (BRASIL, 1988), possuem prioridade e proteção ao acesso de seus direitos fundamentais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana. Assim como instituído o dever da família, da sociedade e do Estado de, conjuntamente, assegurarem os mesmos.

Dito isso, consta determinado que o infante que se encontrar em situação de cárcere, não poderá ser penalizado da mesma forma que a sua progenitora, posto que a pena não pode extrapolar a pessoa do condenado para atingir seus familiares, assim como pelo fato de que os seus direitos são absolutamente preservados como criança. Além disso, a Carta Magna confere especificamente aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (BRASIL, 1988). Na mesma lógica, uma condição que vale ressaltar, é o fato de que, ainda no mesmo código, se tem prevista no artigo 6° a proteção à maternidade e à infância, enquanto direito social do povo brasileiro.

Embora a maioria dos preceitos não se refiram especificamente à direitos voltados às detentas grávidas ou aos seus filhos, a Constituição Brasileira, ao trazer um extenso rol de garantias fundamentais, principalmente aqueles presentes em seu artigo 5°, os taxou como universais. Ou seja, independentemente do cenário de cárcere que estas mulheres e crianças se encontram inseridas, as mesmas possuem seus direitos que devem ser garantidos, mesmo que se encontrem de alguma forma relativizados diante da circunstância.

## 3.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Partindo para o âmbito infraconstitucional, em complemento aos mencionados preceitos constitucionais, outros regulamentos se mostram presentes, dentre eles o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal código, seguindo a sua atribuição original da proteção integral da criança e do adolescente, como colocado em seu artigo 1° (BRASIL, 1990), possui inúmeras leis à garantia da mesma, as quais devem ser - em todos os âmbitos - estritamente respeitadas.

Por um longo período de tempo, as crianças e os adolescentes não possuíam seus direitos considerados, ou muito pouco colocados em pauta perante a sociedade,

sendo a criação da Lei n° 8.069/90 a responsável pela sua ascensão, uma vez que foi a partir da mesma que os direitos das crianças e dos adolescentes foram de praticamente inexistentes, para o patamar de prioridade.

Uma vez estabelecida a doutrina da Proteção integral, compete levantar dois de seus princípios norteadores, ambos respaldados nos artigos 3,4 e 5 do referido estatuto: o da prioridade absoluta, o qual estabelece que as crianças e adolescentes devem estar em primeiro lugar na escala de preocupações dos governantes, vindo primeiramente a necessidades deles e posteriormente dos demais integrantes da sociedade (LIBERATI, 1991, p. 45); e o do melhor interesse da criança, que é aquele que traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, o aplicador do direito tem o dever de averiguar a decisão que proporcione o melhor benefício possível para a criança ou o adolescente (BARROS, 2015, p. 19/20).

Outro direito de relevância, é o da convivência familiar e comunitária, que é compreendido pela possibilidade de ser criado e educado no seio de sua família original (BRASIL, 1990), ou seja, no meio a que pertence. Quanto a esta garantia, o que muitos não compreendem é que a mesma ultrapassa o simples viver inserido à uma família, envolvendo vários outros elementos imprescindíveis ao desenvolvimento adequado, como, dentre outros, o cuidado e o afeto entre seus integrantes.

Mais adiante, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), assegura o direito ao aleitamento materno – fase imprescindível para bebês em seus primeiros meses de vida –, abrangendo, em seu artigo 9°, inclusive, o seu acesso "aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade" (BRASIL, 1990).

## 3.3 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

Tanto o Código Processual Penal, como a Lei de Execução Penal, sofreu modificações legislativas importantes quanto ao assunto da maternidade dentro do cárcere, tendo como exemplo, respectivamente, as Leis 13.257/2016, dispondo sobre políticas públicas para a primeira infância, e 11.942/09, na qual visa assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

O Código Processual Penal, com as suas mais recentes modificações, acrescentou, dentre outras, uma disposição prevendo, para as gestantes ou mulheres com filhos de até doze anos de idade incompletos, a substituição da prisão preventiva

pela prisão domiciliar (BRASIL, 2016).

Já a Lei de Execução Penal, acrescida de medidas que possuem como finalidade assegurar as condições mínimas para o exercício da maternidade do cárcere, garantiu, através de seu artigo 14, parágrafo terceiro, o acesso ao acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, para a progenitora detenta e seu filho recém-nascido (BRASIL, 2009).

Mais adiante, por força do artigo 83, parágrafo segundo, garantiu o direito de amamentação até a idade mínima de seis meses de idade, assim como a existência de berçários que possibilitem o aleitamento materno (BRASIL, 2009).

Outrossim, através do artigo 89, asseverou a necessidade dos estabelecimentos prisionais de possuírem estruturas especificamente voltadas para gestantes e parturientes, estes dispondo de atendimento por pessoal qualificado, além de creches para as crianças maiores de seis meses e menores de sete anos que estejam sob a responsabilidade da detenta (BRASIL, 2009).

E, por fim, de modo parecido em que se foi realizado no anteriormente citado Código, este, através do artigo 117, determinou o recolhimento da detenta beneficiária de regime aberto, quando se enquadrando nas hipóteses presentes em seus incisos, em residência particular, dentre elas o da "condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental" e a da "condenada gestante" (BRASIL, 2009).

Observando tais mudanças legislativas e a sua prática no cotidiano brasileiro, dentre as várias discrepâncias entre o que se é previsto e a sua execução, uma alarmante é a nem sempre eficaz garantia prevista tanto no Código de Processo Penal, em seu agora acrescido artigo 318, como na Lei de Execução Penal, em seu supracitado art. 117, uma vez que, não obstante a previsão dupla, não é reconhecida na realidade fática, o que, inclusive, perfez no habeas corpus coletivo n° 143.641/SP, que será a seguir levantado.

## 3.4 *HABEAS CORPUS* COLETIVO N° 143.641/SP.

Nos impulsionando a refletir mais uma vez sobre a necessidade de levar as crianças a vivência dentro do sistema carcerário, em detrimento da retirada de sua progenitora do mesmo nos casos legalmente previstos, como determina alguns dos

supracitados artigos, surge o *Habeas Corpus* Coletivo n° 143.641/SP[3], este julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2018.

Impetrado pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (CADHu)[4], intentava garantir o direito de prisão domiciliar para "todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças".

Compulsando a decisão, os seguintes trechos destacam-se:

> Afirmaram que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa. Ressaltaram que os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa, especialmente à gestante e a que é mãe. [...] Acrescentaram que, segundo dados oficiais, faltam berçários e centros materno-infantis e que, em razão disso, as crianças se ressentem da falta de condições propícias para seu desenvolvimento, o que não só afeta sua capacidade de aprendizagem e de socialização, como também vulnera gravemente seus direitos constitucionais, convencionais e legais (BRASIL, 2018).

Em seu benefício, Beatriz Helena Ramos Amaral reitera um dos embasamentos jurídicos da decisão tomada ao afirmar que, através da "histórica decisão do Supremo Tribunal Federal" houve a revalorização do princípio da pessoalidade, responsável por determinar que a sanção decorrente da prática do delito somente pode atingir a pessoa de seu autor (2018, p. 1).

Em suma, tal remédio constitucional buscou resguardar os preceitos constitucionais das presas e de seus respectivos filhos, uma vez que a prisão preventiva de mulheres grávidas ou com filhos em estabelecimentos prisionais precários, além de lhes privarem do acesso a ferramentas de saúde, como o pré-natal, aparatos necessários durante a gravidez e até no pós-parto, também impede o infante de ter as condições necessárias para um desenvolvimento adequado e sadio. Sem contar com o fato de que muitas crianças, a partir do mesmo, terão a possibilidade de se

[3] Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053.

[4] Bem como pela Defensoria Pública da União e defensor público-geral federal, além de possuir como *amici curiae* todos os defensores públicos-gerais dos estados brasileiros, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a Pastoral Carcerária e o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC).

desenvolverem dentro de um contexto familiar.

## 4 A PRIMEIRA INFÂNCIA E O SISTEMA PRISIONAL FEMININO BRASILEIRO.

Os estabelecimentos carcerários, desde o seu planejamento, tiveram as estruturas voltadas às necessidades masculinas, de modo que, com a crescente taxa de aprisionamentos femininos, para que as mulheres pudessem ser acomodadas, em detrimento da construção de novos estabelecimentos, agora com as estruturas voltadas às necessidades femininas, apenas realizaram pequenas adaptações naqueles já construídos na lógica originária. Adaptações estas que, até hoje, não contemplam com eficiência as particularidades do referido gênero, principalmente àquelas inerentes à maternidade.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), a população carcerária feminina, quando comparada com a registrada no início dos anos 2000, demonstrou um aumento que chega a 656%, constatando, ainda, que, dentre as mulheres encarceradas, cerca de 74% são mães (BRASIL, 2018).

Ainda no mesmo estudo, exprimindo a mencionada insuficiência perante à maternidade no cárcere, há que apenas 14% das unidades femininas ou mistas possuem berçário e/ou centro de referência materno-infantil, e apenas 3% dispõem de creches (BRASIL, 2018).

Vale ressaltar que, apesar deste demonstrativo de que o número de mulheres encarceradas encontra-se em constante crescimento, sendo, dentre elas, em sua maioria, mães, não existem dados precisos que analisem o número de crianças que permanecem dentro dos alojamentos prisionais com as mesmas.

Nesse ínterim, uma vez elucidado o direito à dignidade da pessoa humana, assim como trazido algumas das prerrogativas inerentes às crianças, que se encontram em situação de cárcere devido ao cumprimento de pena de suas mães, passaremos agora a tratar acerca da vida destes infantes que nascem já inseridos no sistema prisional feminino brasileiro, e nele permanecem.

Inicialmente, mostra-se necessária a identificação do período da primeira infância, que, de acordo com a Lei n° 13.257/2016, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, é a fase inicial da vida, a qual funda-se com a gestação e se perfaz com os seis anos de idade completos (BRASIL, 2016).

De acordo com informações disponibilizadas pelo Ministério da Cidadania (20-?), “o período de maiores possibilidades para a formação de competências humanas ocorre entre a gestação e o sexto ano de idade”, afirmando ainda que aquilo que o infante aprender no início de sua vida, terá impactos profundos em seu futuro.

De forma semelhante, Portugal (2009) alega que o período da infância e as primeiras vivências experimentadas pelos indivíduos enquanto crianças, são determinantes para a construção do indivíduo que serão quando adultos.

Para Perlin (2017), a primeira infância, além de ser uma fase em que a criança passa por relevantes mudanças determinantes à sua personalidade, características estruturais e ao seu desenvolvimento, também é um período em que o infante se encontra vulnerável à realidade e ao ambiente que está inserido, apresentando-se propício a aderir influências externas. Destaca-se:

> (...) ocorrem o crescimento físico, o amadurecimento do cérebro, a aquisição dos movimentos, o desenvolvimento da capacidade de aprendizado, a iniciação social e afetiva, entre outros, e cada um desses aspectos é interligado com os demais e influenciado pela realidade na qual a criança vive. Estudos mostram que, quanto melhores forem as condições para o desenvolvimento durante a Primeira Infância, maiores são as probabilidades de que a criança alcance o melhor do seu potencial, tornando-se um adulto mais equilibrado, produtivo e realizado.

Ademais, é importante salientar que, apesar de todas as experiências iniciais serem importantes, de acordo com o Instituto Fernandes Figueira (20-?), as relações afetivas estabelecidas entre a mãe e seu bebê são fundamentais para proporcionar a construção do psiquismo da criança, além de possibilitar um desenvolvimento saudável de sua personalidade e comportamentos sociais, principalmente quando estamos perante do período da amamentação, em que, dentre outros benefícios, há um grande fortalecimento do vínculo mãe-criança.

É como explica Cristina Magadan, psicóloga que trabalha na Penitenciária Estadual Feminina de Guaíba, no Rio Grande do Sul:

> Nos primeiros meses de vida, a relação do bebê com a mãe é simbiótica. E durante todo o primeiro ano de vida continua indispensável. Claro, eles perdem muito quando não têm familiares que possam levá-los para passear, mas, em geral, vemos que a convivência com a mãe ajuda esses bebês a serem relativamente calmos e saudáveis (MAGADAN, 2016).

Ou seja, a primeira infância, ao mesmo tempo que é um período de mudanças significativas ao desenvolvimento social da criança, também é uma fase em que a mesma detém uma grande capacidade de absorção da atmosfera em que se encontra inserida, sendo, portanto, necessário agir com muita precaução com as vivências experimentadas pelo infante, em especial aquelas que possam o afetar negativamente.

Assim sendo, os alojamentos prisionais, tal como as condições em que vivem as mães com seus filhos nos mesmos, não tendem a oferecer as diligências necessárias para a referida precaução, uma vez que "os presídios femininos, assim como os masculinos, não foram desenvolvidos para propiciar o vínculo familiar, especialmente entre mães e filhos, muito menos promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil" (STELLA, 2006, p.18).

Quanto a esta insuficiência de ferramentas, o Ministério da Justiça (2015) afirmou que, em relação às penitenciárias femininas, apesar de algumas se mostrarem mais garantidoras de direitos, melhor equipadas e mais bem estruturadas que outras, pode-se dizer que "nenhuma delas funciona em respeito pleno aos parâmetros legais vigentes", demonstrando a profunda falta de efetividade dos instrumentos legais neste âmbito.

Nessa perspectiva, através do estudo "filhos no cárcere" (Nana Queiroz, 2018), nos deparamos com o caso de Glicéria, no qual a mesma já dormia há duas noites no chão de sua cela superlotada, quando começou a sentir dores no seio e, apesar dos gritos de fome de seu filho e de apresentar uma febre alta, ao pedir ajuda às carcereiras, só foi comunicada que não havia pessoal para levá-la ao hospital. O torpor da mãe durou quinze dias, nos quais teve a sorte de seu filho ser alimentado pelas demais presas que, com ajuda das carcereiras, organizaram uma coleta de leite em pó e mamadeiras.

Outro aspecto, este levantado por Cristina Maria Kurowsky (1990, p. 8), é a discrepância existente entre uma criança que vive atrás dos muros de uma instituição, com outra estabelecida no mundo externo, justificando tal assertiva na "perda do contato social e na consequente impossibilidade de aquisição de conhecimentos necessários ao perfeito desenvolvimento" sofridos pela primeira.

Dito isto, ao associarmos crianças ao âmbito prisional feminino brasileiro, podemos perceber inúmeros possíveis prejuízos ao alcance de um desenvolvimento saudável, visto que estes infantes, ao nascerem, já são inseridos em uma realidade em

que há violações graves ao princípio da dignidade humana, assim como das demais garantias legais voltadas às crianças.

Em contrapartida, tem-se que a decisão de permanência das crianças dentro das penitenciárias, apesar de ser difícil e de ter a necessidade de ser analisada sob vários fatores, por força do artigo 49 das Regras de Bangkok (CNJ, 2016), deve ser produzida tendo como base o princípio do melhor interesse da criança. Ou seja, caso se tome a decisão de que o infante permanecerá com a sua progenitora, tal conclusão deverá ter sido levantada com base no melhor interesse da criança, de forma que a convivência familiar com a figura materna nos primeiros anos de vida se mostrou mais importante do que inadequação do local em que serão inseridas.

É nessa conjuntura que alguns psicanalistas defendem que "a privação materna, a ausência ou o rompimento do vínculo mãe-bebê" (STELLA, 2006, p. 46) é mais prejudicial para a criança, sendo inviável a sua execução.

Sendo assim, possuindo o encarceramento das crianças conjuntamente à suas mães lados positivos e negativos, não podendo-se chegar a uma conclusão generalizada quanto à sua caracterização como totalmente benéfica ou prejudicial, constata-se a existência de um paradoxo principiológico, ou pelo menos um impasse, entre a manutenção da convivência familiar e a preservação do direito à liberdade, dentre outras garantias, aos infantes.

A incoerência entre a coexistência dos referidos preceitos no cenário aqui em discussão fica aparente ao colocarmos as duas hipóteses lado a lado, visto que uma afirma a imprescindibilidade do laço materno nos primeiros anos de vida, e a outra aponta o quão degradante é para o desenvolvimento infantil a permanência prolongada dentro das prisões, que estão longe de serem locais apropriados ao alcance deste fim.

No Brasil, apesar de vivermos em um Estado Democrático de Direito que, segundo a sua Constituição Federal (1988), tem como dever garantir à população o acesso a direitos fundamentais, de modo que todos possam ter condições a uma vida digna, ao analisarmos a aplicação destes preceitos dentro do âmbito carcerário, se é possível constatar que há uma colisão entre finalidades primordiais do Estado, a de garantir a ordem social através da punição de atos que caracterizem fatos típicos, antijurídicos e culpáveis; e os deveres de preservação dos direitos fundamentais, do acesso aos direitos básicos, o da proteção do interesse do menor e, ainda, da dignidade

da pessoa humana.

Dessa forma, o atual sistema prisional brasileiro, em especial o feminino, apesar de possuir um substancial aporte legislativo garantido à criança, estes apresentam a sua eficácia inviabilizada pela detenção. Isso ocorre, visto que, na prática, ou há a separação da mãe e de seu filho, ou o filho é aprisionado juntamente com a sua progenitora em um cenário que vem demonstrando ser palco de desrespeito a princípios constitucionais basilares, dentre eles o de acesso ao mínimo existencial e da intranscendência da pena.

Sendo assim, em qualquer hipótese, as crianças, que se encontram em condição de vulnerabilidade, têm a sua esfera de direitos individuais diretamente violada, acabando por não disporem das garantias que deveriam ser a eles assegurados de forma absoluta e prioritária, os privando, consequentemente, do pleno acesso a uma vida digna.

Por isso, em um cenário ideal, esforços devem ser voltados para que os direitos assegurados legislativamente aos infantes, de fato, sejam postos em prática, não somente na promoção dos direitos fundamentais as quais fazem jus, mas também através do respeito, nos casos previstos, à possibilidade de prisão domiciliar da mãe. Assim como que os mesmos passem a ser alvo de maiores investimentos e ações governamentais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Tendo como ponto de partida a invisibilidade e a vulnerabilidade que os infantes no contexto da maternidade no cárcere sofrem, o presente artigo, como dito anteriormente, tinha como objetivo principal o de expor as condições em que esta parcela da sociedade vive, de forma a promover uma reflexão acerca de seu pleno acesso, ou falta deste, à dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, levando a dignidade da pessoa humana como princípio fundante do nosso ordenamento jurídico, inicialmente, buscou-se realizar um estudo sobre o mesmo, partindo da concepção da pessoa humana e dos direitos da personalidade, apontando a subjetividade deste.

Disto, constatou-se que o referido princípio demarca um padrão mínimo à vivência, revelando que a ausência de condições materiais mínimas inibe o

desenvolvimento físico, moral e intelectual do indivíduo, violando, consequentemente,o seu acesso a uma vida digna.

Ademais, da análise do ordenamento jurídico brasileiro, observou-se que apesar de possuir um substancial aporte legislativo, há uma profunda falta de efetividade dos instrumentos legais, não havendo coerência entre estes e a realidade fática das crianças no contexto da maternidade no cárcere.

Os infantes, diferentemente daquilo apresentado teoricamente, vivem em condições inadequadas ao seu pleno e digno desenvolvimento, o que faz com que passem a coexistir como se apenados fossem.

Apesar disso, percebeu-se uma vasta defesa à manutenção do vínculo mãe-filho, mesmo inserido nestas condições, uma vez que o ambiente penitenciário seria, por muitas vezes, preferível à criança quando posto à balança juntamente a convivência com sua figura materna em seus primeiros momentos de vida.

Dessa forma, resta inequívoco que o sistema carcerário feminino, atualmente, não possui os aparatos ou as ferramentas necessárias ao provimento das regalias mínimas exigidas ao alcance da vida digna, não estando apto a receber crianças sem a certeza da violação do princípio da dignidade.

Portanto, sendo esta problemática da primeira infância dentro do cárcere de uma ampla complexidade, se mostra necessária uma maior visibilidade social, de modo a ser, com mais frequência, alvo de estudos e de políticas públicas; uma desconstrução dos empecilhos levantados pelo judiciário perante a concessão de prisão domiciliar, esta duplamente prevista em nossa legislação; e, dentre outras ações, uma maior efetividade dos preceitos legais, de forma a garantir uma maior possibilidade de acesso à dignidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Beatriz Helena Ramos. **A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016**. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mar-19/mp-debate-dignidade-mulher-hc-143641-aplicacao-lei-132572016#:~:text=MP%20no%20Debate-,A%20dignidade%20da%20mulher%2C%20o%20HC%20143.641%20e,aplica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei%2013.257%2F2016&text=%E2%80%9CCidadania%20%C3%A9%20o%20direito%20a%20ter%20direitos.%E2%80%9D&text=E%20repita%2Dse%20que%20o,falar%20de%20pena%20propriamente%20dita. Acesso em: 18.out.2021.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, n. 44, Faculdade de Direito de Bauru, set.-dez. 2005.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 9a edição. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BELTRÃO, S. **Direito da Personalidade e o Novo Código Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, p. 154. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro/SP: Forense Universitária, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9-10.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em:25 de jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília, 2016. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecdc40afbb74.pdf. Acesso em: 29out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessoem: 18 de set. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 24 de set. 2021.

BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 25 de set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.942** de 28 de maio de 2009. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89

da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponívelem: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 25 de set. 2021.

BRASIL. **Lei n° 13.257**, 8 de março de 2016. Marco Legal da Primeira Infância. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 24 de set. 2021.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social - Criança Feliz. **A primeira infância.** Brasília: Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social, 20-?.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres**. Brasília, DF, 2018b. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 18 de out. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe- de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf. Acesso em: 20out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 134.641/SP**, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 20/02/2018, Segunda Turma. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=74840105. Acesso em 10 out. 2021.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. **O afeto como valor jurídico**.XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf Acesso em: 19 de set. de 2021.

Cf. GARCIA RÚBIO, Alfonso. **Unidade na Pluralidade**: o ser humano à luz da fé eda reflexão cristãs. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2001, p. 304, Suma, I, Q 29, a 4.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A Reconstrução doDireito Privado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 261.

DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**.**

**Revista da AJURIS**, v. 33, n. 102, p. 99-126, junho de 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. Vol. 1, p. 242. Saraiva: São Paulo. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NOSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte geral e LINDB. 10º ed., São Paulo: Juspodivm, 2014.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os Direitos Da Personalidade Como Direitos Essenciais E A Subjetividade Do Direito. **Revista Jurídica Cesumar**. Mestrado, v. 6, p. 241-266, 2006.

FIUZA, César. **Direito civil:** curso completo. 13. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** V. 1. Parte Geral. 5. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. Ed 18.Vol. I. Parte Geral, 2020, Pág. 98.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos da Personalidade:** fundamentação ontológica da tutela. Almedina, 2008.

INSTITUTO FERNANDES FIGUEIRA (IFF). **A importância do vínculo materno no desenvolvimento infantil.** Rio de Janeiro: IFF, 20-?.

KUROWSKI, Cristina Maria. **Análise crítica quanto a aspectos de implantação e funcionamento de uma creche em penitenciária feminina**. Porto Alegre, 1990.

LIBERATI. Wilson Donizete. **O Estatuto da Criança e do Adolescente:** comentários. Brasília: IBPS, 1991.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, p. 209. Rio de Janeiro: Borsói, 1972.

PERLIN, Aline Weller et al. A IMPORTÂNCIA DA ESTIMULAÇÃO NA PRIMEIRA INFÂNCIA. **Revista do Seminário de Educação de Cruz Alta - RS**, [S.l.], v. 5, n. 1,p. 66-67, oct. 2017. ISSN 2595-1386. Disponível em: <http://www.exatasnaweb.com.br/revista/index.php/anais/article/view/286>. Acessoem: 30 out. 2021.

PORTUGAL, Gabriela. Desenvolvimento e aprendizagem na infância. In: CONSELHO

NACIONAL DE EDUCAÇÃO (org.). **Relatório do estudo** – A educaçãodas crianças dos 0 aos 12 anos. Lisboa: Ministério da Educação, 2009.

QUEIROZ, Nana. Filhos do cárcere: a vida dos bebês criados em prisões femininas. **Super Interessante**, s.l., 04 de jan. 2016. Disponível em: https://super.abril.com.br/sociedade/filhos-do-carcere/. Acesso em: 25 de out. 2021.
REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Minas Gerais. v.1 n.2. p. 251 – 281. Jul/Dez 2015.).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentaisna Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSOLEN, André Vinícius. **Cláusula geral de proteçãosob a perspectiva civil constitucional:** a normatividade da dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos fundamentais e os direitos de personalidade.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995.

STELLA, Cláudia. **Filhos de mulheres presas**: soluções e impasses para seus desenvolvimentos. São Paulo: LCTE Editora, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo**. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

# **A SUB-REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA DO RIO GRANDE DO NORTE:** UM ESTUDO SOBRE OS FATORES QUE CONTRIBUEM PARA ESTE FENÔMENO FRENTE AOPIONEIRISMO DO ESTADO NA EMANCIPAÇÃO POLÍTICA DA MULHER.

Maria Izabela Cardoso de Oliveira[1]

Rasland Costa Luna de Freire[2]

**RESUMO**

O Rio Grande do Norte foi um expressivo cenário da insurgência de mulheres no âmbito público. Assim, essa pesquisa, inicialmente, explora a trajetória de um importante grupo destas, destacando-se os fatos principais que marcaram o trabalho social e político que desempenharam na sociedade potiguar e que ecoa, presentemente, na maior participação legislativa feminina do Brasil em 2021, posicionando o estado como um precursor, apesar da expressiva sub-representatividade no país. Entretanto, ainda que seja uma posição positiva, muitos fatores políticos e sociais impedem uma maior ampliação de candidaturas femininas, conduzindo para o centro da problemática: a dupla (múltipla) jornada de trabalho, a violência política de gênero, e a dinâmica dos partidos políticos na aplicação da Lei de Cotas. A fim de compreender os fatores que contribuem para a sub-representatividade feminina na política, a investigação se deu com base no raciocínio indutivo com pesquisa bibliográfica e interpretativa acerca das legislações citadas, trazendo uma abordagem quantitativa com dados concretos e qualitativa por meio de percepções e análises sobre o tema.

**Palavras-chave:** Sub-representatividade feminina. Violência Política de Gênero.Dupla jornada de trabalho. Lei de Cotas. Política.

[1] Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte.
[2] Doutor em Sociologia pela Universidade do Minho/Portugal

**FEMALE UNDER-REPRESENTATION IN POLITICS IN RIO GRANDE DO NORTE:** A STUDY ON THE FACTORS THAT CONTRIBUTE TO THIS PHENOMENON IN THE FACE OF THE STATE'SPIONEERING ROLE IN THE POLITICAL EMANCIPATION OF WOMEN.

**ABSTRACT**

Rio Grande do Norte was an expressive scenario of women's insurgency in the public sphere, the research initially explores the trajectory of women highlighting the main facts that marked their social and political work in Potiguar society, which currently echoes in the greater female legislative participation in Brazil in 2021, positioning the state as a forerunner, despite the expressive underrepresentation in the country. However, even though it is a positive position, many political and social factors prevent a further expansion of female candidates, leading to the core of the problem: the double (multiple) workday, gender-based political violence, and the dynamics of political parties in the application of the Quota Law. In order to understand the factors that contribute to the underrepresentation of women in politics, the investigation was based on inductive reasoning with bibliographic and interpretive research about the aforementioned legislation, bringing a quantitative approach with concrete and qualitative data through perceptions and analyzes on the subject.

**Keywords:** Female underrepresentation. Gender Political Violence. Double working hours. Quota Law. Policy.

## 1. INTRODUÇÃO

A conquista do voto feminino e a presença da mulher no poder legislativo e executivo no Rio Grande do Norte foi extremamente importante para a emancipação política da mulher brasileira que, a partir dessas conquistas, pode ocupar espaços queao longo da história foram inerentes aos homens de elite.

O presente estudo é caracterizado através de um método indutivo. No raciocínio indutivo, a generalização sobre a baixa representação feminina na política deriva de observações da realidade concreta, como a influência cultural e histórica na

perpetuação de papéis de gênero que ainda dificultam a conciliação da mulher no âmbito político-público e doméstico-privado, e como mulheres eleitas e ainda candidatas sofrem com a violência política de gênero.

Nesse aspecto, foi feita uma investigação bibliográfica de vários autores correlatos ao tema, para buscar compreender as diferentes interpretações do tema aqui referenciado, e suas distintas perspectivas. Os autores pesquisados abordam o contexto histórico que o movimento sufragista estava inserido e como tais fatores contribuíram para os aspectos da política contemporânea.

Outra ferramenta utilizada nesta pesquisa diz respeito aos dados estatísticos sobre a dupla jornada de trabalho das mulheres brasileiras e a representação política feminina nos diferentes cargos políticos. Ao final, é necessário abordar as mudanças na legislação eleitoral e o sistema eleitoral vigente de forma técnica, analisando as leis e as demais interpretações que administram o tema e principalmente sua eficácia.

Com o propósito de contribuir para o debate sobre a desigualdade de gênero na política, o estudo aqui exibido tem como objetivo principal examinar a influência dos fatores jurídicos e sociais sobre a sub-representatividade e as incidências deste último na sociedade.

## 2. O PIONEIRISMO DAS MULHERES NORTE-RIO-GRANDENSES

A participação da mulher na política brasileira do ponto de vista histórico ainda é recente. Não obstante, durante muito tempo o direito ao voto era considerado um privilégio para poucos grupos, e todo meio de inserção nas decisões da sociedade por meio do voto era delegado aos homens brancos e detentores de bens.

Na prática da vida cotidiana das mulheres potiguares, o antagonismo entre dedicar-se ao labor doméstico e a vida política demonstrou-se de forma simbólica na desigualdade de atuação na vida pública.

> [...] A diminuta participação da mulher potiguar na vida social decorria da falta de consciência de suas possibilidades de rompimento com a estrutura de dominação machista e patriarcal. Sua posição era inconscientemente representada como um instrumento de conservação e estabilidade da sociedade machista (SAFFIOTI, 1979, p 39).

Segundo Flávia Biroli (2010), a naturalização da esfera pública e,

particularmente, dos cargos políticos eletivos, foi um dos fatores de legitimação da política como "negócio dos homens". Fruto de um estereótipo sexista, as mulheres não se interessariam pelos debates políticos e, menos ainda, por participar da política institucional porque estariam, naturalmente, voltadas para o que lhes seria mais caro: a vida privada, a esfera doméstica e a maternidade.

> Por séculos, a participação da mulher na política foi considerada incompatível com sua natureza talhada para os domínios do privado, entendido como um terreno "apolítico", ao contrário do território público, político por excelência e,portanto, sob dominação exclusiva do homem (SCOTT, 2005).

Não de forma diversa, a história da mulher durante o Brasil colônia esteve inerentemente associada ao estereótipo da família patriarcal brasileira. Assim, para Carvalho (2014), nesse contexto, os senhores votavam e eram votados nas eleições municipais, e as mulheres e escravos viviam sob a jurisdição desses senhores.

De forma gradual, durante a primeira metade do século XIX, com heranças do período colonial e um Brasil rural passando para as práticas capitalistas, surgem sinais ainda tímidos de pensamentos ou atividades feministas entre as mulheres brasileiras. Com o temperamento e a disposição de afrontar o conservadorismo imposto pelo sexo masculino, surge Nísia Floresta, pseudônimo de Dionísia de Faria Rocha, cuja obra deixará marcas como uma Potiguar erudita que contestou o modo de vida patriarcal. Mônica Karawejczyk salienta a singularidade da escritora à sua época:

> Nísia Floresta Brasileira Augusta, pseudônimo de Dionísia de Faria Rocha nasceu em Papary, interior do Rio Grande do Norte, em 1810. Foi uma figura singular na sua época. Residiu em diversas cidades, entre elas, Olinda, Recife, Porto Alegre e Rio de Janeiro antes de se mudar para a Europa eresidir na França, na Itália e em Portugal, até falecer em Rouen (França), em 1885 (2010, p. 114).

O Brasil passava de uma estrutura à outra, e não diferente, houveram mudanças comportamentais e conjunturais. Nem todas as mulheres se submeteram ao papel de dependência e exclusão. Muitas mulheres resolveram romper com as funções a elas atribuídas e começaram a vislumbrar um mundo mais harmonioso.

A partir disso, Nísia Floresta começou suas considerações e não poupou esforços para ultrapassar os limites infligidos a elas durante séculos. Não é à toa que Floresta é lembrada como uma precursora do debate latino-americano sobre o direito

das mulheres à educação, seu pensamento contribuiu para o anúncio da educação emancipatória como recurso descolonizador. Seus primeiros escritos datam em 1831, em artigos num jornal, O Espelho das Brasileiras, de Pernambuco, onde fala sobre as mulheres nas antigas culturas (ITAQUY, 2013).

Em 1832 fez uma tradução livre da obra de Mary Wollstonecraft[3] intitulado *"Reivindicação dos direitos da mulher",* publicou em 1832 a obra *"Direitos das mulheres e injustiça dos homens",* como também uma coleção de artigos sobre educação feminina, em 1835. A conjuntura dessas produções já demonstrava claramente a insatisfação da Potiguar com a posição das mulheres na sociedade.

Neste particular, Constância Lima Duarte, em artigo dispõe:

> Nísia Floresta questiona em 1832 o porquê de não haver mulheres ocupando cargos de comando, tais como de general, almirante, ministro de estado e outras chefias. Ou ainda, porque não estão elas nas cátedras universitárias, exercendo a medicina, a magistratura ou a advocacia, uma vez que têm a mesma capacidade que os homens. Como se vê, ela vai fundo em suas intenções de acender o debate e de abalar as eternas verdades de nossas elites patriarcais (DUARTE, 1997).

Itaquy (2013) reflete que a história da mulher ainda está sendo contada pelos olhares que enxergam nelas verdadeiras protagonistas ao longo dos séculos. O ideário de Floresta faz parte desta longa trajetória. A escritora, educadora, mãe e esposa tornou-se uma referência para divulgar as dificuldades que o sexo feminino enfrentava. Restritas a um espaço privado, enquanto homens ocupavam mais os espaços públicos, e as mulheres eram mantidas dentro de casa, destinadas ao trabalho doméstico.

Mulheres influenciadas por Nísia Floresta Brasileira conseguiram, com arrojo e ousadia, transpor empecilhos antes impensáveis às mulheres. O seu engajamento foi um modelo a ser seguido pelas mulheres potiguares que conquistaram seu espaço na linha do tempo da emancipação feminina.

De modo geral, a demanda feminina para ser reconhecida como cidadã e a possibilidade de exercício do direito de voto percorreu um longo caminho. Para Santos (2016), a conquista ao voto não foi concessão de Estados, mas decorrência de esforços

[3] Pioneira do movimento feminista no mundo, elaborando os primeiros pensamentos sobre a opressãoestrutural das mulheres e suas raízes na Inglaterra. Disponível em: https://revistacult.uol.com.br/home/mary-wollstonecraft-220-anos-de-morte/

de grupos de mulheres e homens em vários países.

No Brasil, a permissão para que as mulheres pudessem exercer seus direitos como eleitoras demorou a chegar. O direito ao voto feminino foi concedido somente no ano de 1931, por meio de um Decreto pelo então presidente Getúlio Vargas, em que as brasileiras puderam depositar suas opiniões nas urnas como um dever.

Entretanto, alguns anos antes de Vargas autorizar a presença feminina nas votações do país, em novembro de 1927 uma professora chamada Celina Guimarães Vianna entra para a história como a primeira mulher a se registrar como eleitora no Brasil, na cidade de Mossoró.

> Celina Guimarães Vianna: Foi a primeira eleitora do Brasil, alistando-se aos 29 anos de idade. Com advento da Lei nº 660, de 25 de outubro de 1927, o Rio Grande do Norte foi o primeiro estado que estabeleceu que não haveria distinção de sexo para o exercício do sufrágio. Assim, em 25 de novembro de 1927, na cidade de Mossoró, foi incluído o nome de Celina Guimarães Viannana lista dos eleitores do Rio Grande do Norte. O fato repercutiu mundialmente, por se tratar não somente da primeira eleitora do Brasil, como da América Latina (TSE, 2020).

O pedido da professora incentivou outras mulheres a fazerem o mesmo. Até 1928, vinte mulheres se inscreveram como eleitoras no Rio Grande do Norte. A ideia de emancipação insurgiu-se contra o insistente patriarcalismo da sociedade no século XX, de forma que a Comissão de Poderes do Senado determinou que esses votos seriam "inapuráveis", descontando-os do total obtido pelo único candidato.

> No parecer nº 8/1928, a Comissão entendeu que, embora a Constituição não vedasse os direitos políticos à mulher, também não os outorgava, e a falta de proibição não poderia ser suficiente para conferir tais direitos. Além disso, entendeu que existia uma longa tradição, costumeira e doutrinária, de negativa do voto à mulher, que deveria ser considerada (PORTO, 2002, p.237-238).

O contexto político sob a ótica do momento histórico era de um Brasil na República Velha, do sistema Coronelismo-oligárquico; a sociedade era moldada pelos padrões aristocráticos, mas a plástica, a sutileza e a vontade de ruptura, conferiram um cenário menos hostil na vida pública e na sociedade brasileira às amarras sob as quais viviam as mulheres na vida doméstica sob o jugo dos seus senhores e maridos.

Tão ousado como inscrever-se como eleitora, era candidatar-se a cargos eletivos. Em 1929, no município de Lajes, Alzira Soriano foi a primeira mulher da

América Latina a ser eleita prefeita.

> Em 1928, a viúva aos 32 anos, Luíza Alzira Soriano Teixeira, disputou às eleições majoritárias para o cargo de prefeita da cidade de Lajes, interior do Rio Grande do Norte. Em 1929, já eleita, tomou posse no cargo, sendo a potiguar, a primeira mulher prefeita de cidade no Brasil (SILVA E OLIVEIRA, 2019, p.4)

Soriano estava inserida na estrutura coronelística de Lajes/RN, pois era oriunda de uma elite local e filha do coronel Miguel Teixeira de Vasconcelos[4], que estava alinhada com a oligarquia estadual do Rio Grande do Norte. Para Karawejcyk (2010), a ideia de uma mulher que vivia sob uma perspectiva de "menina moça", numa época marcada por tantas discriminações, ainda com tantos entraves, ainda assim soube se impor e, através das suas convicções, abriu espaço para que outras mulheres começassem a ter acesso aos canais que às conduziram aos cargos considerados exclusivos dos homens.

Soihet (2000) aponta que, a estrutura coronelística da Primeira República não impede que movimentos em torno do voto feminino prosperem no Brasil, influenciados principalmente pelos movimentos sufragistas da Europa e dos Estados Unidos, e aqui com representação de Bertha Lutz[5].

Viúva com apenas 22 anos, Soriano e as filhas voltaram para a casa dos pais, em Jardim dos Angicos, onde a jovem começou a lidar com a administração da fazenda da família e a se interessar por política por intermédio da influência do pai (ENGLER, 2021). A sua candidatura foi apoiada e escolhida pelo Partido Republicano, apesar da batalha com problemas da sociedade patriarcal e regida pelo ideário das oligarquias na República velha, Alzira Soriano venceu a eleição com 60% dos votos válidos.

> A política na Primeira República, um ambiente majoritariamente masculino, não impede que as mulheres exerçam influências no meio político e articulem seus movimentos em torno do voto feminino, e também participem da política local, como Alzira Soriano, usando os próprios dispositivos de apoio político do coronelismo (ENGLER, 2021).

O pioneirismo do voto de Celina Guimarães e posteriormente, a eleição de

[4] Miguel Teixeira de Vasconcelos foi prefeito da cidade de Lajes/RN no período entre 1914-1917.Disponível em: https://lajes.rn.gov.br/galeria-de-ex-prefeitos/

[5] Bertha Lutz é conhecida por ter fundado, em 1919, a Liga para a Emancipação Intelectual da Mulher-LEIM, precursora da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino - FBPF, de 1922. Em 1928 viajou até o estado do Rio Grande do Norte para a campanha pelo alistamento das mulheres.Disponível em: https://brasilianafotografica.bn.gov.br/?tag=federacao-brasileira-pelo-progresso-feminino

Alzira Soriano, só foram possíveis graças a uma ambiguidade no texto da Constituição Federal de 1891. No texto, não deixava explícito a exclusão ou a inclusão das mulheres dentre os eleitores.

Silva (2000) aponta que os líderes políticos do sertão, inseridos nas relações oligárquicas da República Velha, atenderam as reivindicações por igualdade social lideradas em âmbito nacional por Bertha Lutz. Sua expressiva liderança conquistou a adesão de algumas importantes lideranças políticas na luta pela emancipação política das mulheres, sendo um deles, o presidente da província Juvenal Lamartine de Faria, que conferiu o direito de voto às mulheres.

De encontro às expectativas do parlamento e dos interesses da sociedade oligárquica, Jailma Maria de Lima (2010) complementa que em 1927 registraram-se as primeiras eleitoras do estado e, em abril de 1928, 15 mulheres votaram no Rio Grande do Norte, tendo sido, no entanto, anuladas as eleições, sob alegação de que não poderia permitir o sufrágio por meio de lei estadual.

Era recente o episódio que pusera o Rio Grande do Norte na vanguarda da emancipação política da Mulher na América do Sul; e os nomes de Nísia Floresta, Celina Guimarães e Alzira Soriano, eram aclamados como os pioneiros daquele fato histórico. Em meio a mudança do Código Eleitoral, surge Maria do Céu Fernandes à política estadual, como a primeira deputada constituinte do Brasil.

Para Santos (2016), o sufragismo brasileiro não foi um movimento de massas, inclusive muitas mulheres criticaram a participação feminina no cenário político, como eleitoras. No entanto, o feito se tornou realidade em 1932, através da lei 21.076/32.

> Em meio à insatisfação que tomou conta da população, Getúlio Vargas protagonizou o golpe que tirou o presidente Washington Luís do governo. Apesar da crise, havia esperança de que a cidadania fosse ampliada e de que haveria eleições livres e diretas. A presença feminina, cada vez mais marcante, chegou às urnas. Em 1932, foi instituída uma nova legislação eleitoral e as mulheres conquistaram o direito ao voto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Dessa forma, amparada pelo Código Eleitoral que concedia o direito de voto à mulher, Maria do Céu Fernandes honra o posto no primeiro cargo ocupado por uma mulher na Assembleia Legislativa.

Entendendo que o pioneirismo se concretiza pela função de desbravar e abrir caminhos, o movimento sufragista ensejou no Rio Grande do Norte modalidades

diferentes de pioneirismo. No pioneirismo feminista: Nísia Floresta; no Pioneirismo eleitoral: Celina Guimarães Vianna; e, por fim, no Pioneirismo de eletividade: Alzira Soriano e Maria do Céu Fernandes.

De fato, as demandas pelo voto feminino relacionam-se com os interesses políticos e econômicos da Primeira República e do Estado Novo, entretanto, a inserção dessas personalidades norte-rio-grandenses representou um alento para que se pudesse falar em efetiva cidadania e democracia.

Foram necessárias décadas de lutas e articulações para que, aos poucos, as barreiras impostas ao direito ao sufrágio (etnia, renda, sexo) fossem sendo quebradas. Assim, esclarece o Tribunal Regional Eleitoral (2020), que não se deve, porém, confundir direito de voto e elegibilidade com igualdade de direitos e cidadania plena para todas as mulheres brasileiras. Essas reivindicações ecoavam de uma parcela da população feminina esclarecida, alfabetizada, da classe média.

## 3. ECOS DO PIONEIRISMO POTIGUAR NA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA

Pela análise do que foi exposto anteriormente, o voto feminino no Brasil representou, inegavelmente, um passo importante na ampliação da presença das mulheres no campo político. Entretanto, o movimento sufragista brasileiro no século XX, adquiriu tom moderado a fim de se adaptar aos padrões tradicionais da sociedade.

É importante ressaltar que essas mulheres pioneiras pertenciam a um grupo minoritário dotado de grande poder e influência para o governo, as mudanças em que contemplavam o direito de voto e o de se candidatar conferiam solidez à estrutura oligárquica, que tem como uma forte característica a permanência no poder.

Complementando a ideia, Francisca Alexandre de Pontes Silva (2000), afirma que a representação havida era de uma minoria letrada e, por isso, elitizada. A educação era um relevante elemento de cidadania, visto que só os alfabetizados votavam e a maioria das mulheres envolvidas com o feminismo vinham de berços de famílias ricas e abastadas, com tempo disponível para se dedicar à luta pelo sufrágio.

Logo, à medida que o Rio Grande do Norte construiu um cenário fértil de possibilidades para mulheres na política, o estado também perpetuou a forma de inserção dessas mulheres a estes cargos. O que configura esse raciocínio é que os potiguares são os que mais vezes tiveram uma governadora eleita. Foram quatro

pleitos vencidos, mas apenas uma eleita não tem sobrenome de família inserida na política tradicional.

Ainda que o "governo de poucos" tenha se encerrado em 1930, o *modus operandi* de perpetuação de poder continuou significativamente o mesmo no século XXI. Para Rabay e Carvalho (2010), alguns estudos têm dado visibilidade à família como uma forma de ingresso das mulheres na disputa política partidária, principalmente no que diz respeito ao Nordeste, uma região com forte ênfase na instrumentalização das "mulheres de família" por parte das oligarquias, visando, sobretudo, à perpetuação no poder.

## 4. VIDA PÚBLICA E PRIVADA: A MÚLTIPLA JORNADA DE TRABALHO FEMININA

Segundo Michelle Perrot (1995), a construção das democracias ocidentais no século XIX veio apoiada numa conceituação específica de público e privado, articulando a estas, os papéis sexuais. O industrialismo capitalista fortaleceu a divisão entre produção e reprodução, situando a mulher especificamente na esfera doméstica que estabeleceu a figura da "dona-de-casa", encarregada da vida privada.

É inteligível que, dependendo da sociedade, a ideia do espaço público e privado podem ser dicotômicos ou desalinhados quanto à associação das duas esferas à função e comportamento do indivíduo. Na prática da vida cotidiana, com o passar do tempo, muitos conceitos desiguais são superados, mas no Brasil, as diferenças da vida pública e da vida privada demonstram-se de forma simbólica com a atuação feminina na política.

De fato, homens e mulheres assumem papéis diferenciados na sociedade, e que carregam valores sociais muito diferentes, gerando tensão entre os grupos, uma vez que a disputa entre eles é permanente. Assim, as relações entre os sexos, entendidas como desiguais, de exploração e de opressão, formam um sistema (HIRATA, 2007).

Não à toa, a mulher, mesmo ocupando espaço no mercado de trabalho, continua assumindo a maior parte da responsabilidade de tarefas domésticas. Luiz Felipe Miguel (2000) acrescenta que a múltipla jornada é considerada um óbice à mulher para gerenciar carreiras com a vida política. Além das atividades normais de

sua carreira, elas estão vinculadas sobretudo às obrigações domésticas, que, muitas vezes, impedem uma dedicação política similar à dos homens.

Para a vereadora Nina Souza (PDT), a participação feminina na política possui aspectos "complexos", porque, "a mulher tem várias atividades — ela é a mãe, irmã, a tia, esposa e aquela que precisa cuidar da casa e nortear espaços dos filhos. Trabalha fora de casa e entra na política tendo que, além dessas atividades, participar das articulações, discussões e demandas da sociedade" (TRIBUNA DO NORTE,2021).

A divisão sexual do trabalho é mais evidente ainda em situações adversas, como a pandemia do COVID-19, em que, teoricamente, os casais heterossexuais dividem o mesmo espaço em tempo integral, cumprindo o isolamento social. Antes da pandemia, as mulheres que ocupavam a pirâmide na escala econômica já tinham jornada dupla, mesmo contando com alguma rede de apoio, como a escola e a empregada doméstica (RODRIGUES, 2020).

> Nas casas/lares/famílias, em sua concepção mais convencional, é possível identificar formas de funcionamento que fundem casamento heterossexual monogâmico, amor romântico e cuidados com os filhos com base na ideia de domesticidade das mulheres (BIROLI, 2014).

No Brasil, estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que a taxa de realização de afazeres domésticos das mulheres foi de 92,2% enquanto que os homens representavam 78,2%. Moreira, Alves, Oliveira e Cláudia (2020) dispõe que a construção relacional na casa/lar/família está intimamente conectada com as desigualdades de gênero em vários níveis, com a sobrecarga de trabalho doméstico das mulheres, incluindo-se (quase) exclusivamente o cuidado com filhos e a falta de tempo para si.

Com desdobramentos desses arranjos, observamos um ciclo de obrigações às quais muitas estão submetidas. Portanto, qualificar-se e investir na vida política é um ato custoso devido à sobrecarga da vida das mulheres.

Desse modo, a cultura política predominante, ao longo da história brasileira, atribuiu o espaço da esfera pública ao masculino, e muitas são as razões para o baixo percentual de mulheres eleitas em postos de representação, das quais se destaca, a sobrecarga de responsabilidades nas tarefas do ambiente intrafamiliar com a casa.

Nesse ínterim, Simone Lolatto (2019) conclui que a múltipla jornada de trabalho e outros entraves socioculturais se associam e acabam por desencadear uma

imensa desmotivação nas mulheres para enfrentarem um cenário tão competitivo como é o político eleitoral, espaço que foi e permanece ocupado em maioria por homens como se, supostamente, a eles pertencessem.

## 5. A VIOLÊNCIA POLÍTICA DE GÊNERO

Antes de adentrar o debate sobre a violência de gênero como uma causa da baixa representatividade, faz-se necessário definir sobre o que se trata. A violência política de gênero pode ser caracterizada como todo e qualquer ato com o objetivo de excluir a mulher do espaço político, impedir ou restringir seu acesso ou induzi-la a tomar decisões contrárias à sua vontade. As mulheres podem sofrer violência quando concorrem, já eleitas e durante o mandato (Câmara dos Deputados, 2021).

A violência política contra as mulheres sempre existiu, mas, muitas vezes, não era noticiada. Nesse sentido, para a deputada Tábata Amaral (PDT-SP), atitudes que podem ser consideradas pequenas, como interrupções e o conteúdo de *Fake News*, que chegam nas ameaças e que somadas, entre as atitudes e ações que nós vemos direcionadas à candidatas mulheres, têm um papel muito grande de desestimular e desincentivar, assim, silenciando a participação de mulheres na política.

Segundo dados da ONU MULHERES (2020), 82% das mulheres em espaços políticos já sofreram violência psicológica; 45% já sofreram ameaças; 25% sofreram violência física no espaço parlamentar; 20% assédio sexual; e 40% das mulheres afirmaram que a violência atrapalhou sua agenda legislativa.

Nesse aspecto, os altos índices de violência doméstica, feminicídio, bem como de agressões e assédio sexual no Brasil indicam que a violência contra as mulheres seguem presente na sociedade e se apresenta de maneira multifacetada. Essa comparação ancora-se na de Pierre Bourdieu (2007), que concebe as várias maneiras de violência como uma disciplina usada contra outrem para confirmar sua posição na hierarquia social.

> A violência pode ocorrer por meio virtual (com ataques em suas páginas, fake news e *deepfakes*) e também nas ruas, quando as mulheres que atuam na política são atacadas por eleitores. Elas podem ser vítimas tanto em seus partidos como dentro de casa. As ações se dão de forma gradativa e podem chegar até ao assassinato (CÂMARA LEGISLATIVA, 2020).

As mulheres temiam se expor por vários motivos, como vergonha, possibilidade de represália e exposição. O alvo da violência política não é o partido ou a ideologia, mas, sim, o gênero. Nesse sentido, mulheres que ocupam cargos de liderança política, ainda que em vertentes ideológicas diferentes, sofrem com a intimidação de ocupar um espaço majoritariamente masculino.

Como exemplo, o discurso da deputada federal Joice Hasselmann (PSDB-SP) no Congresso Nacional após ser vítima de constantes ataques cibernéticos:

> A minha história é só mais uma que se repete nas esferas de poder. Do pequeno poder ao macro poder. Mudam-se os personagens, mas o enredo é o mesmo. Nós enfrentamos batalhas simplesmente porque somos MULHERES. Nós enfrentamos agressões pelo peso que temos, pela roupa que usamos, pela cor e tamanho do cabelo, apenas porque somos MULHERES. Chega a ser ridículo (HASSELMANN, 2020).

A ex-líder do governo federal na Câmara dos Deputados complementa:

> Eu me fiz ser ouvida, mas para isso tive que falar mais alto e garantir meu espaço. Mas por que nós, mulheres, precisamos falar alto para sermos ouvidas? por que eu preciso primeiro "amedrontar" e mostrar mais força para só então ser respeitada? há muitos porquês para essa realidade, mas nem um deles é minimamente admissível (HASSELMANN, 2020).

No oposto espectro político, a deputada estadual Isa Penna (PSOL-SP) fora vítima de importunação sexual pelo deputado Fernando Cury (CIDADANIA-SP) durante uma votação no plenário da Assembleia Legislativa de São Paulo[6]. No momento que subiu à tribuna para denunciar o caso, a deputada disse: "Tinha câmeras, tinha o presidente e mesmo assim ele se sentiu à vontade".

Lamentavelmente, temos o exemplo do assassinato de Marielle Franco, morta em março de 2018, à época vereadora da cidade do Rio de Janeiro pelo PSOL. Marielle era uma mulher negra, socióloga, militante dos Direitos Humanos e representante da favela da Maré, e foi silenciada de forma brutal por investigar grupos de milicianos, e mesmo após a sua morte, ainda foi alvo de *Fake News* e disputas discursivas sobre seu assassinato, sua conduta pública e privada e suposto envolvimento com bandidos e gravidez na adolescência[7].

[6] Caso Isa Penna e o machismo estrutural na Alesp: "Um espaço extremamente violento". Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/12/18/caso-isa-penna-e-o-machismo-estrutural-na-alesp-um-espaco-extremamente-violento

[7] Quem era Marielle Franco, vereadora assassinada a tiros no Rio de Janeiro?. Disponível em:

Os constrangimentos vividos por vereadoras, prefeitas e senadoras vão desde interrupções nas falas à ameaças, chantagens, xingamentos e desmerecimentos. Muitas sofrem violência sexual, como o caso da deputada estadual Isa Penna. Outras são submetidas a comentários sobre a aparência física e ameaças de morte, como o caso da deputada federal Joice Hasselmann. E em casos de extrema brutalidade, mulheres são assassinadas, como Marielle Franco. Esses casos, ainda que pareçam extremos, não são isolados.

Na tentativa para que casos como estes não sejam normalizados ou denúncias sejam jogadas para "debaixo do tapete", o combate à violência política de gênero ganha reforço através da Lei nº 14.192/21, em que altera o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), a Lei dos Partidos Políticos (Leiº 9.096/1995) e a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997). Vejamos (Brasil, 2021):

> Art. 1º Esta Lei estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher, nos espaços e atividades relacionados ao exercício de seus direitos políticos e de suas funções públicas, e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais e dispõe sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral.

Punir a violência política é um importante passo em um país que ocupa a posição 132º no ranking de sub-representação feminina na política entre 190 países, segundo pesquisas da Inter-Parliamentary Union (2019). Promover mecanismos de sanção para um problema que contribui para a amplitude da dominação masculina em espaços de poder, é uma tentativa de estimular a participação de mulheres e, conjuntamente, legitimar a ideia de que o Estado é necessário para romper as causas de sub-representação.

## 6. AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A DINÂMICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Para Mariana Izabel Cunha Santos (2020), mesmo com o aumento da participação feminina na política, é indubitável a solidez e a expressividade do machismo no esqueleto social. O machismo, que é a manifestação do sexismo, discrimina a mulher por considerar o sexo masculino como superior, e reforça a divisão

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/03/15/interna_politica,666247/quem-era-marielle- franco-vereadora-assassinada-a-tiros-no-rio-de-jane.shtml

de papéis sociais, mantendo a mulher no âmbito doméstico e privado, enquanto os homens mantêm o monopólio das atividades públicas.

Devido à conquista recente do voto feminino no Brasil, somada ao fato da política partidária está enraizada no mundo masculino e mergulhado em preconceitos e sexismos, há, ainda, uma contínua hostilidade para com as mulheres que desejam adentrar na política. No Rio Grande do Norte, as estatísticas do eleitorado evidenciam uma maioria feminina, em que as mulheres correspondem a 52,8% dos votantes. Em comparação nacional, no Brasil, as mulheres correspondem a 52,5% do eleitorado e a pouco mais de 44,5% dos eleitores filiados a partidos políticos, de acordo com dados disponíveis no site do TSE.

Ao longo dos anos, as instituições passaram a entender o seu papel como instrumento de minimização da desigualdade social, a política, como uma ciência de governar e seus representantes, como um reflexo do que é a sociedade, contribuem para a ideia de que é necessário romper com a baixa representação de um grupo em todas as esferas.

Não obstante, as ações legislativas passaram por modificações a fim de proporcionar uma maior pluralidade nas candidaturas lançadas pelos partidos políticos. A primeira ação afirmativa a incentivar a participação das mulheres na política foi por meio do artigo 11, parágrafo 3º, da Lei nº 9.100/1995, o qual fixava "vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres" (Brasil, 1995). A proposta, apelidada de "Lei de Cotas", valia apenas para as Câmaras Municipais.

Dois anos depois, em 1997, expandiu consideravelmente o escopo das ações afirmativas. A proposta que valia apenas nas Câmaras Municipais, passariam, a partir da Lei 9.504/97, a valer também para as Assembleias Estaduais e para a Câmara dos Deputados.

> Com a Lei das Eleições (Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997), alterou- se o percentual ao tornar obrigatória a reserva de no mínimo 30% das vagas dos candidatos de cada gênero à Câmara Legislativa, às Assembleias Legislativas e às Câmaras Municipais. (GORTARI, 2020)

Apesar dos avanços em termos de porcentagem e abrangência, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) carregou debilidades da Lei de Cotas (Lei nº 9.100/95). Em suas disposições legislativas, ambas indicaram que o percentual de vagas a serem

reservadas para mulheres deveria ser calculado sobre o total de candidaturas que um partido ou coligação pode lançar por circunscrição eleitoral, e não sobre a quantidade de candidatos efetivamente apresentados.

Percebido a disformidade, a Lei 12.034/2009 substituiu a redação antiga do artigo 10, §3º, da Lei das Eleições, e fixou que cada partido ou coligação deverá registrar a candidatura de, no mínimo, 30% dos candidatos de cada sexo. A sutil diferença no texto legal surgiu para dirimir eventuais escusas dos partidos políticos e coligações que apenas reservassem vagas às candidaturas. Portanto, há agora a obrigatoriedade na candidatura (GORTARI, 2020).

O texto legislativo, contudo, abria brechas para a criação de candidaturas meramente formais, já que os partidos podiam apresentar candidatas mulheres apenas para preencher a quota eleitoral e viabilizar o percentual máximo de candidaturas masculinas, ou seja, as candidaturas femininas seriam laranjas ou fictícias e sem amparo monetário, muitas mulheres eram boicotadas no processo e não apresentavam reais condições de serem eleitas.

Esse problema levou à percepção de que, para maximizar a eficácia da política de cotas, é preciso vincular candidatura à investimento. Até o ano de 2015, a destinação do Fundo Partidário entre os candidatos de ambos os gêneros ficava a critério dos Partidos Políticos, assim, no bojo das discussões da Reforma Política de 2015, foram criados incentivos a partir do artigo 9º da Lei nº 13.165/2015.

> Art. 9º Nas eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 1995. (BRASIL, 2015)

Como apontado, várias estratégias legislativas foram usadas para potencializar o êxito eleitoral de mulheres, entretanto, o preenchimento mínimo e máximo por gênero nas coligações eleitorais não se mostrou eficaz porque os partidos entendem as cotas como o teto, e não o requisito mínimo para a participação das mulheres.

O sistema de cotas raramente interferiu nos processos eleitorais a ponto de distribuir o poder a representação de forma equitativa entre os gêneros. Equivale dizer

que a estratégia das cotas não incidiu sobre o patriarcado político. À conta disso, a agenda feminista, antes endereçada ao reconhecimento do direito de voto, voltou-se para as ações afirmativas (cotas) e hoje direciona sua pauta à democracia paritária.

O objetivo, portanto, ainda que seja criar um equilíbrio entre homens e mulheres nas candidaturas, os números efetivos de baixa representação feminina no Poder Legislativo ainda é muito alarmante. Assim, para Amanda dos Santos Neves Gortari (2020), as políticas de ações afirmativas tornam-se instrumentos no combate à segregação, e as cotas de gênero visam, de maneira temporária, dirimir as diferenças quantitativas de ambos os sexos no Congresso Nacional (PRÁ, 2013, p. 17).

Na mesma perspectiva, para Fernanda Cabral Leal da Cunha (2000), o fato de as políticas afirmativas estarem tendo pouco impacto sobre representatividade feminina no Poder Legislativo mostra que a maioria das instituições eleitorais produz efeitos mecânicos prejudiciais à eficácia delas e muitos partidos políticos não estão suficientemente comprometidos com o seu cumprimento. Melhor dizendo, as cotas como um mecanismo afirmativo é muito eficiente quando se tem um conjunto de regras eleitorais propícias a manter uma boa efetivação.

No Brasil, as eleições para as Câmaras de Vereadores, Assembleias Legislativas e à Câmara dos Deputados, são proporcionais. Isto significa que, teoricamente, o sistema proporcional privilegia a pluralidade na sociedade ao buscar traduzir da maneira mais fiel possível às preferências dos distintos grupos sociais (CUNHA, 2019) por meio de lista de partidos ou coligações, cujo os candidatos são eleitos de acordo com a votação proporcional de cada partido.

Assim dizendo, o Brasil é adepto ao sistema de "representação proporcional de lista aberta", nesse modelo a lista é ordenada pelos votos que cada candidato recebe do eleitorado[8] e os candidatos de um mesmo partido ou coligação competem entre si. Ao passo que, o sistema de "representação com lista fechada" que é comum nos países que adotam voto proporcional, mas não vigora no Brasil, apresenta listas de candidaturas que já chegam pré-ordenadas à eleição, em que a ordem já seria definida pelo próprio partido, sem que houvesse uma eventual competição injusta.[9]

Para Fernanda Cabral Leal da Cunha (2019), no caso brasileiro, estar inserido em um sistema de representação proporcional poderia até oferecer ao país um status

[8] LISTA ABERTA. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/lista-aberta

[9] LISTA FECHADA. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/lista-fechada

favorável à inclusão feminina, uma vez que o modelo proporcional eleitoral é mais propício a isso do que os sistemas majoritários, mas as listas partidárias abertas acabam diminuindo esse potencial. Isso porque, em modelos proporcionais, a escolha em listas fechadas tende a elevar a eficiência das cotas, já que dispositivos legais podem garantir às mulheres posições favoráveis de disputa pela ordem de candidatos pré-estabelecidos pelos partidos.

## 7. CONCLUSÃO

Estudar sobre as dificuldades de inserção da mulher no âmbito público-político do Rio Grande do Norte é adentrar numa investigação sobre a emancipação política de mulheres ao longo da história. Dessa forma, com base no que foi coletado, as mulheres norte-rio-grandenses representaram o primeiro suspiro para o pioneirismo político, em diferentes posições, essas personalidades foram responsáveis por trilhar um caminho de mais possibilidades para aquelas que desejavam ultrapassar o âmbito privado-doméstico ao público-político.

Entretanto, é necessária uma análise crítica dos aspectos sociais de cada época, no que concerne o sufrágio feminino e a emancipação política, a questão deve ser tratada sob o prisma dos interesses da oligarquia à época, que decidiu fazer da bandeira feminista uma oportunidade para atrair a simpatia de uma nova camada eleitoral que fortalecesse o poder político tradicional.

Como reflexo de um "governo de poucos", a forma de manutenção de poder se estendeu até a política contemporânea, logo, ao passo que o Rio Grande do Norte construiu um terreno fértil de possibilidades, o estado também perpetuou a forma de inserção dessas mulheres a estes cargos. O que configura uma competitividade injusta entre mulheres que vivem à margem do debate político e mulheres que já estão inseridas em famílias que conhecem a máquina pública.

Não é simples fazer a ligação entre barreiras de gênero e política. Geralmente, de forma objetiva, o questionamento frequente é: mas o que impede a mulher de entrar maciçamente na política? a resposta é que muita coisa impede. O *Modus Operandi* de lançar candidaturas de mulheres pertencentes a famílias com interesses de perpetuação de poder, a dupla (múltipla) jornada de trabalho, encontrar um ambiente culturalmente aversivo a presença feminina no espaço político manifestando a violência política de

gênero, e a dinâmica dos partidos políticos que reprimem candidaturas femininas com artimanhas para burlar a previsão da cota eleitoral de gênero, estão entre as razões pelas quais, para a mulher, é mais difícil avançar na ocupação desse espaço.

Conforme os dados analisados pelo TSE, IBGE, UIP, em especial as informações referentes a representação feminina nas Câmaras Legislativas do Rio Grande do Norte, é contundente o entendimento de que apesar de avançarmos em passos tímidos a uma maior pluralidade, há, também, um contínuo quadro de sub-representatividade ocasionada por entraves sociais, históricos e institucionais.

No presente trabalho, foi analisada a forma como o tempo da mulher é uma variável importante na compreensão da sub-representação. O peso das tarefas domésticas ainda recai de forma desproporcional sobre as mulheres, apesar de tamanhas conquistas. Os dados do IBGE sobre a carga de trabalho feminina denunciam a sobrecarga de responsabilidades que mulheres enfrentam, ainda maior, quando são eleitas.

Pudemos verificar que a violência política de gênero ultrapassa a hostilidade à participação feminina e se faz presente desde a conquista emancipatória de mulheres ao longo da história. Tal forma de violência afeta diretamente aquelas que ocupam uma posição de liderança e contribui para que o engajamento feminino seja considerado inóspito.

Além disso, que as ações afirmativas criadas ao longo do tempo para incentivar uma maior pluralidade de candidaturas não operam com devida força, seja pela dinâmica dos partidos políticos que não priorizam a renovação de candidaturas, ou seja pelo próprio modelo eleitoral de lista aberta, que dificulta a participação de candidatas com o sistema de competitividade imposto pelo próprio sistema em vigor. Desse modo, a análise e a comparação dos dados da legislação, acompanhados da análise de bibliografia especializada, revelou resultados em que os elementos que estruturam a baixa representatividade são influenciados pelas relações de aspectos culturais e valores tradicionais compartilhados ao longo da história que se associam às relações de trabalho e a oposição feminina em cargos de liderança nos ambientes majoritariamente masculinos, como os partidos políticos.

## REFERÊNCIAS

A CONQUISTA DO VOTO FEMININO. **Câmara dos deputados.** 15 de fevereiro de 2021. Brasília. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/a-conquista-do-voto- feminino/index.html. Acesso em: 26 de nov. 2021

ARTIGO SIMONE LOLLATO. **Vermelho Org.** 04 de março de 2020. Santa Catarina. Disponível em: https://vermelho.org.br/2007/04/16/artigo-de-simone-lolatto/ . Acesso em: 25 de out. 2021

BRASIL. Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021**. Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 147, p. 1, 5 ago. 2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.192-de-4-de-agosto-de-2021-336315417. Acesso em 28 de nov. 2021

BRASIL. **Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1995, e dá outras providências.** Brasília, DF, 02 out. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9100.htm Acesso em 28 de nov. 2021

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições.** Brasília, DF, 01 out. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em 28 de nov. 2021

BRASIL. **Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nº 9.096/1995, 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737/1965.** Brasília, DF, 29 set. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm. Acesso em: 28 de nov. 2021

BRASÍLIA, Tribunal Superior Eleitoral. **Professora Celina Guimarães Vianna: primeira eleitora do Brasil.** Brasília, 2021. Disponível em: https://www.tse.jus.br/imagens/fotos/professora-celina-guimaraes-vianna-primeira-eleitora-do-brasil. Acesso em: 18 de set. 2021

BRASÍLIA, Senado Federal. **Bertha Lutz,** 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/bertha-lutz. Acesso em: 23 de set. 2021

BOURDIEU, Pierre. **A representação política. Elementos para uma teoria do campo político. O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Difel; Bertrand Brasil, 1988. Disponível em: https://nepegeo.paginas.ufsc.br/files/2018/06/BOURDIEU-Pierre.-O-poder-simb%C3%B3lico.pdf. Acesso em: 21 nov. 2021

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil.** São Paulo: Boitempo. Edição 1. p (21-53).

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo caminho.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Disponível em: https://necad.paginas.ufsc.br/files/2012/07/CARVALHO-Jos%C3%A9-Murilo-de.-Cidadania-no-Brasil1.pdf. Acesso em: 23 de set. 2021

CÂMARAS DO RN TÊM A MAIOR PARTICIPAÇÃO FEMININA. **Tribuna do Norte.** 07 de março de 2021. Natal/RN. Disponível em: http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/ca-maras-do-rn-ta-m-a-maior-participaa-a-o-feminina/504510. Acesso em: 25 de out. 2021

CASO ISA PENNA E O MACHISMO ESTRUTURAL NA ALESP "UM ESPAÇO EXTREMAMENTE VIOLENTO". **Brasil de Fato.** 18 de dezembro de 2020. São Paulo. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/12/18/caso-isa-penna-e-o-machismo-estrutural-na-alesp-um-espaco-extremamente-violento. Acesso em: 25 de nov. 2021

CUNHA, Fernanda Cabral Leal. **A dinâmica da marginalização feminina nos espaços eletivos de poder:** um estudo sobre as cotas eleitorais de gênero na Câmara dos Deputados (1994-2018). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Recife/PE, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/39087/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Fernanda%20Cabral%20Leal%20da%20Cunha.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021

ENGLER, Isabel. **Mulher na vida política: Alzira Soriano. Lages/RN, 1928-1930.** 31º Simpósio Nacional de História, Rio de Janeiro/RJ, 2021. Disponível em: https://www.snh2021.anpuh.org/resources/anais/8/snh2021/1628551219_ARQUIVO_e23ef74f26102ace264d19ae46e98ff1.pdf. Acesso em: 16 set. 2021

FEDERAÇÃO BRASILEIRO PELO PROGRESSO FEMININO. **Brasiliana Fotográfica**. 6 deabril de 2021. Brasil. Disponível em: https://brasilianafotografica.bn.gov.br/?tag=federacao- brasileira-pelo-progresso-feminino. Acesso em: 26 de nov. 2021

GORTARI. Amanda dos Santos Neves. A podridão da candidatura laranja: ponderações acerca da participação feminina nas eleições brasileiras**. Revista de Estudos Eleitorais**, v. 14, n.1, Brasília, 2020. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6827. Acesso em 21 nov. 2021

HIRATA, H.; KERGOAT, D. Novas configurações da divisão sexual do trabalho**.** Tradução de Fátima Murad. **Cadernos de Pesquisa**, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/j/cp/a/cCztcWVvvtWGDvFqRmdsBWQ/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 25 de out. 2021

ITAQUY, Antônio Carlos de Oliveira. **Nísia Floresta: ousadia de uma feminista no Brasil do Século XIX.** Departamento de Humanidades e Educação da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013. Disponívelem: https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/2730/NISIA%20FLORESTA%20PDF.pdf?sequence. Acesso em: 12 set. 2021

INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Women in national parliaments.** [S.I] 2019. Disponível em: http://archive.ipu.org/wmn-f/arc/classif010219.htm. Acesso em: 19

de nov. 2021

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Em média, mulheres dedicam 10,4 horas por semana a mais que os homens aos afazeres domésticos ouao cuidado de pessoas**. [S.I] 2020. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27877-em-media-mulheres-dedicam-10-4-horas-por-semana-a-mais-que-os-homens-aos-afazeres-domesticos-ou-ao-cuidado-de-pessoas. Acesso em: 19 de nov. 2021

KARAWEJCYK, Mônica. **Nísia Floresta e a questão da emancipação feminina pelo viés educacional.** Métis: história e cultura, Caxias do Sul/RS, v. 9, n.18, p. 114-122, 2010. Disponível em: http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/viewFile/993/1055 <> Acesso em: 18 set. 2021

LEMOS, Ana Heloísa da Costa, BARBOSA, Alane de Oliveira e MONZATO, Priscila Pinheiro. Mulheres em home office durante a pandemia da covid-19 e as configurações do conflito trabalho-família. **Revista de Administração de Empresas [online].** 2020, v. 60, n. 6, pp. 388-399. Disponível em:https://doi.org/10.1590/S0034-759020200603. Acesso em: 02 de nov. 2021

LIMA, Jailma Maria. **Partidos, candidatos e eleitores: o rio grande do Norte em campanha política (1945-1955).** Programa de Pós-graduação em História. 2010. Disponível em: https://www.historia.uff.br/stricto/td/1240.pdf. Acesso em: 02 de nov. 2021

LISTA ABERTA. **Senado Notícias.** 19 de maio de 2018. Brasília. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/lista-aberta. Acesso em: 20de nov. 2021

LISTA FECHADA. **Senado Notícias.** 19 de maio de 2018. Brasília. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/lista-fechada. Acesso em: 20 de nov. 2021

MOREIRA, Lisandra Espíndula et al. Mulheres em tempos de pandemia: um ensaio teórico-político sobre a casa e a guerra**. Psicologia & Sociedade [online].** 2020, v. 32 Disponível em: https://doi.org/10.1590/1807-0310/2020v32240246. Acesso em: 02 de nov. 2021

ONU MULHERES NEWSLETTER. **Violência não, pelos direitos políticos das mulheres.** Brasil. jun 2021. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/11/OnuMulheres_VPCM_NEWSLETTER-01-ELEI%C3%87%C3%95ES-MUNICIPAIS-2020.pdf. Acesso em: 02 de nov. 2021

OS 80 ANOS DO VOTO DE SAIAS NO BRASIL - TRERN. **Tribunal Regional Eleitoral RN**.19 de março de 2019. Natal/RN. Disponível em: https://www.tre-rn.jus.br/o-tre/centro-de- memoria/os-80-anos-do-voto-de-saias-no-brasil-tre-rn. Acesso em: 25 de out. 2021

PORTO, Walter Costa. **O voto no Brasil: da Colônia à 6ª República.** 2ª ed. rev. Riode Janeiro: Topbooks, 2002. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2002;000694615. Acesso em: 18 set. 2021

PINHO, Tássia Rabelo de. **"Debaixo do Tapete: A Violência Política de Gênero eo Silêncio do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados".** Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 28, n. 2, e67271, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ref/a/3L8QwtCMJYN7xktYqSQsbXJ/?lang=pt#ModalArticles. Acesso em: 18 de nov. 2021

PRÁ, Jussara Reis. **Cidadania de Gênero, Democracia Paritária e Inclusão Política das Mulheres**. Gênero na Amazônia, v. 4, p. 15-35, 2013. Disponível em: http://generonaamazonia.ufpa.br/edicoes/edicao-4/artigos/artigo-1-jussara-para.pdf. Acesso em: 18 de nov. 2021

PERROT, M**. Escrever uma história das mulheres: relato de uma experiência.** Cadernos Pagu, n 4. Núcleo de estudos de gênero, IFCH-UNICAMP, 1995. Disponívelem: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/1733. Acesso em: 25 de out. 2021

QUEM ERA MARIELLE FRANCO, VEREADORA ASSASSINADA A TIROS NO RIO DE JANEIRO. **Correio Braziliense.** 15 de março de 2018. Rio de Janeiro. Disponívelem: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/03/15/interna_politica,666247/quem-era-marielle-franco-vereadora-assassinada-a-tiros-no-rio-de-jane.shtml. Acesso em: 25 de nov. 2021

RABAY, Glória. CARVALHO, Maria Eulina Pessoa de. **Mulher e Política na Paraíba: História de vida e luta.** João Pessoa, Editora Universidade da UFPB. 2010.

RODRIGUES, Natália Queiroz Cabral Rodrigues. **Trabalho feminino em tempos de pandemia.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho. 10ª Região, Brasília, v.24, n.1, 2020. Disponível em: https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/394. Acesso em: 25 de out. 2021

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **A Mulher na sociedade de classe: mito e realidade.** Petrópolis: Vozes, Coleção Sociologia Brasileiro, v. 4, p. 260-261, 1979. Disponívelem: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3825626/mod_resource/content/1/Saffioti%2 0%281978%29%20A_Mulher_na_Soc_Classes.pdf. Acesso em: 18 set. 2021

INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Women in national parliaments.** [S.I] 2019. Disponível em: http://archive.ipu.org/wmn-f/arc/classif010219.htm. Acesso em: 19 de nov. 2021

SANTOS, Jahyra e SANTOS, Ivanna. **A demanda pelo voto feminino no Brasil: Abordagem histórica.** Revista Brasileira de História do Direito, Brasília, v.2, n.1, p. 156-177, 2016. Disponível em:

https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/705. Acesso em: 06 ago. de 2021

SANTOS. Maria Izabel Cunha dos Santos. **A sub-representatividade feminina na política e seus impasses estruturais.** Núcleo de Trabalho do Curso UniEvangelista. 2020. Disponível em: http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/16871/1/Monografia%20-%20MARIANA%20IZABEL%20CUNHA%20SANTOS.pdf. Acesso em: 20 de nov. 2021

SOIHET, Rachel. **A pedagogia do espaço público pelas mulheres e a militância feminista de Bertha Lutz.** Revista Brasileira de Educação. Fluminense, n. 15, p. 103, 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbedu/a/mJxm348crdgLd4mgqnwMHcd/abstract/?lang=pt. Acesso em: 23 set. 2021

SCOTT, Joan W. **O enigma da igualdade.** Revista Estudos Feministas. n 13, p. (11-30), 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ref/a/H5rJm7gXQR9zdTJPBf4qRTy/?lang=pt&format=pdff . Acesso em: 23 de set. 2021

# AGRAVO DE INSTRUMENTO E A SUA RECORRIBILIDADE NAS DECISÕESINTERLOCUTORIAS A LUZ DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Jorge Bernardo Silva Fonseca[1]
Dra. Petrucia da Costa Paiva Souto[2]

**RESUMO**

O agravo de instrumentos, é um recurso que serve para combater decisões interlocutórias de juízo monocrático, através do rol do artigo 1.015 do código deprocesso civil. A grande questão está em volta da recente decisão do superior tribunal de justiça, que concerne sobre o rol do artigo 1.015, devido as constantesdúvidas doutrinarias acerca da taxatividade se é considerado taxativa ou não. OSuperior Tribunal de justiça deu um carácter especial ao recurso sendo reconhecido como uma taxatividade mitigada. Que implica nos casos em que esse recurso é cabível, sendo permitido uma interpretação para averiguar seu cabimento em determinado assunto. Além disso, busca compreender as consideráveis alterações no regime do recurso de agravo de instrumento e sua recorribilidade nas decisões interlocutórias, a luz do código de processo civil de2015, e busca analisar na prática se trouxe mais segurança jurídica para o processo civil. A pesquisa se trata por buscas bibliográficas, através de livros e jurisprudência, bem como utilizada os mais variados sites, afim de possibilitar e elucidar o tema. Utilizou-se o método de abordagem o dedutivo, já que se procurou analisa, o agravo de instrumento e seu cabimento nas decisõesinterlocutórias. Como método de procedimento, utilizou-se o histórico, devido a analisar os códigos de processos civis anteriores, e o descritivo já que buscou descrever o agravo de instrumento. Os agravos de instrumentos anteriores iam de encontro a matérias de carácter que fossem prejudiciais a ponto de causar lesão grave ou de difícil reparação a quem foi afetado pela decisão interlocutória,o CPC de 2015, deixa previsto os casos, porém o STJ após afirmar taxatividademitigada, abre margem para

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail:jorgebernardo14@gmail.com
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: petruciacosta@unirn.edu.br

outros casos em que o agravo de instrumento é cabível, gerando insegurança jurídica, onde a cada decisão interlocutória, um agravo de instrumento é interposto.

**Palavras chaves:** Agravo de instrumento. Processo civil de 2015. Artigo 1.015. Taxatividade mitigada

## INTERLOCUTORY APPEAL AND ITS RECURRIBILITY BASED ON THE 2015CIVIL PROCEDURE CODE

### ABSTRACT

The interlocutory appeal is a resource that serves to combat interlocutory decisions of the COURT, through the list of article 1.015 of the CODE OF CIVIL PROCEDURE. The big question revolves around the recent decision of the SUPERIOR COURT OF JUSTICE, which concerns the list of article 1015, due tothe constant doctrinal doubts about whether it is considered exhaustive or not. The SUPERIOR COURT OF JUSTICE gave a special character to the appeal, being recognized as a mitigated rate. Which implies, in cases where this appeal is applicable, an interpretation being allowed to verify its suitability in a given matter. In addition, it seeks to understand the considerable changes in the regime of the interlocutory appeal and its appeal in interlocutory decisions, based on the2015 CIVIL PROCEDURE CODE, and seeks to analyze in practice whether it brought more legal certainty to the CIVIL PROCEDURE. The research is about bibliographical searches, through books and cause law, as well as used the mostvaried sites, in order to make possible and elucidate the theme. The deductive method of approach was used, as it sought to analyze the interlocutory appeal and its appropriateness in interlocutory decisions. As a method of procedure, thehistorical was used, due to analyzing the codes of previous civil proceedings, andthe descriptive, as it sought to describe the interlocutory appeal. The grievancesof previous instruments went against matters of a nature that were harmful to thepoint of causing serious injury or difficult to repair those who were affected by theinterlocutory decision, the CODE OF CIVIL PROCEDURE of 2015 provides for the cases, but the SUPERIOR COURT OF JUSTICE after affirming mitigated taxability, leaves room for other cases in which the interlocutory appeal is applicable, generating legal uncertainty, where at each interlocutory decision, an

interlocutory appeal is filed.

**Keywords:** Interlocutory appeal. Civil procedure 2015. Article 1015. Mitigated taxation.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o seu cabimento no meio jurídico bem como sua recorribilidade frente a decisões interlocutórias, usando como base o novo código de processo civil de 2015, bem como as jurisprudências trazidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

O recurso agravo de instrumento é usualmente cabível contra decisões interlocutórias, sendo usado para recorrer ao juiz *adquem*, ou seja, para um juizde 2° grau de jurisdição, sendo interposto diretamente neste. O agravo de instrumento possui um caráter diferente dos demais recurso, sendo seu rol do artigo 1.015 do código de processo civil considerado pelo Superior Tribunal deJustiça, esse gerando duvidas doutrinárias sobre sua taxatividade se é ou não,acabou considerando como uma taxatividade mitigada, sendo passível de uma interpretação sobre seu cabimento em diferentes situações permitindo uma maior aplicabilidade fora o que está previsto no seu rol.

E a propósito, se a presente decisão proferida pelo STJ sobre a taxatividade, poderá gerar insegurança jurídica frente ao dia a dia do operadordo direito, sendo de grande importância tal analise.

O agravo de instrumento é um recurso de suma importância para oprocesso civil brasileiro, desde de sua criação nos códigos de processos civis anteriores até os dias atuais, vem sofrendo alterações no seu cabimento no processo civil, bem como, é um recurso presente no dia a dia dos operadores do processo, sendo usado de forma recorrente por estes.

Bem como, as hipóteses de cabimento que o presente recurso é cabível, hipóteses essas positivadas no artigo 1.015, e em forma leis extravagantes, sendo necessário avaliar quais são as situações pode ser aplicado.

O tema é de grande importância por haver uma presente divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da sua interpretação em hipóteses de cabimento frente as decisões interlocutórias, sendo objeto de julgamento, devido a sua tamanha divergência, no Superior Tribunal de Justiça.

E se faz necessário haver uma pesquisa mais aprofundada para, assim, estabelecer

conclusões mais precisas, e de dessa forma proporcionar discussões. O que é justamente o que o trabalho se propõe.

## 2. ANÁLISE HISTÓRICA DOS RECURSOS – AGRAVO DEINSTRUMENTO

### 2.1 Origem do recurso no direito

Para um maior entendimento sobre o tema, se faz necessário conceituar a palavra recurso, que é denominada como "[...] "todo meio empregado pela parte litigante a fim de defender o seu direito" segundo Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 941). No processo civil, o recurso é umremédio, uma análise de uma decisão judicial afim de sanar algum problemaou vicio, bem como explicita a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira: "o recurso é o remédio voluntário, idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo,a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicialque se impugna." Sendo de grande importância tal conceito, pois explica o que é um recurso, bem como, sua aplicação no processo. Como também explicita Assis:

> [...] O recurso mostra a todos "que os juízes e tribunais são destinadosa regrar com justiça as demandas e aplicar com exatidão o direito objetivo". Em alguns meios de impugnação, o objetivo fundamental é oúnico que importa: o remédio promove, concretamente, a supremacia da Constituição ou controla a exata aplicação das leis. A maioria das impugnações sobreleva o interesse em reavaliar a justiça do provimento, sem prejuízo, no entanto, da finalidade pública há pouco reconhecida ao instituto (ASSIS, 2016, p. 48).

Historicamente, o recurso surgiu como um meio pelo qual o homem tinha a possibilidade de rever o que foi decidido. Este representa o inconformismo dos seres humanos, mostra as tendencias do homem em nãoaceitar decisões injustas ou ilegais, surgindo uma possibilidade de uma novadecisão (MANSOLDO, 2011).

Logo, o recurso na antiguidade não existia, no direito processual romano as decisões proferidas pelo magistrado tinham um caráter *interlocutiones*[3], onde não possuíam recorribilidade, abrangendo assim asinterlocutórias e até mesmo a decisão final (WAMBIER, 1996).

Com o crescimento do império romano, o direito processual foi se

[3] Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O novo regime do agravo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo:Revista dos Tribunais, 196, p. 22.

aperfeiçoando, surgindo então o recurso de apelação, exercido pelos poderes do imperador Adriano[4]. Com os crescimentos dos Estados, houve osurgimento de outros recursos graças ao sistema recursal já estruturado, ehouve a criação dos órgãos de primeiro e segundo grau (MANSOLDO 2011).

No direito português, se tem datado que entre meados dos anos 1185 e 1223, existia um recurso de "supricação", que na época a parte derrotada tinha a oportunidade de um juiz de grau superior reavaliar a lide. Com o passardo tempo tal recurso passou a ser reconhecido como agravo ordinário (WAMBIER, 1996).

## 2. 2 O agravo no direito brasileiro

No Brasil, durante o período de colonização, houve bastante influência do direito português, devido a não existir, a época uma regulamentação jurídica formalizada. Durante tal período, o agravo foi o de mais notoriedade, pois, Dom João IV, durante seu reinado, proibiu a aplicação de qualquer recurso em decisões interlocutórias, sendo irrecorrível (CARVALHO, 2018).

Com o passar do tempo, o termo "agravo", passou por um processo de mudança, deixando de ser comumente entendido como referência aocasiões graves ou gravosas para o oposto. Sendo considerado um remédio ou algo utilizado para curar decisões desfavoráveis:

> [...], todavia, ao correr dos anos, por uma figura de linguagem denominada metonímia, alterou-se o sentido da palavra, trocando-se acausa pelo efeito, com a transposição do nome do mal para o remédioque se destina a curá-lo. No direito espanhol, o agravio é o ato do juizque prejudica a parte; no direito português e brasileiro, tornou-se o recurso com que se busca remediar o prejuízo [...] (COSTA apud CARNEIRO, 1998, p. 10).

Entre os anos 1832 e 1842, ocorreu uma transformação nos sistemasdos recursos. O agravo ordinário como era entendido foi extinto do ordenamento. Mas, o agravo como recurso permaneceu existindo após a Independência do Brasil, e pendurou de maneira inconteste com a criação doCódigo de Processo Civil brasileiro de 1939.

No, CPC de 1939, o agravo de instrumento, era de aplicação da lei ena forma restritiva como explicita a lei: Art. 841. Os agravos serão de instrumento, de petição, ou

[4] Adriano conhecido como um dos "cinco bons imperadores" seu império na Roma durou dosanos 117 a 138.

no auto do processo, podendo ser interpostos noprazo de cinco (5) dias (art. 28). (BRASIL, 1939), sendo de forma a utilizar nos“altos do processo”. Trazendo muitas dúvidas esse sistema.

No CPC de 1973, houve a tentativa de sanar tais duvidas dando umcaráter mais objetivo ao processo, sendo as decisões interlocutórias agraváveis e as sentenças apeláveis:

> **Art. 522.** Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a suainterposição por instrumento (BRASIL, 1973).

Houve duas leis que versaram sobre o agravo de instrumento, que foide suma importância para sua evolução histórica, sendo a Lei 9.139/95, que modificou o próprio nome do recurso, sendo conhecido como agravo apenas, bem como, definiu os pressupostos de cabimento:

> 1º Os arts. 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528 e 529 do Código de Processo Civil, Livro I, Título X, Capítulo III, passam a vigorar, sob o título "Do Agravo", com a seguinte redação: "Art. 522 - Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento. [...] Art. 523 - Na modalidade de agravo retidoo agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. § 1º - Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal. § 2º - Interposto oagravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a partecontrária, em 5 (cinco) dias. § 3º - Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido,a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão. § 4º - Será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação. Art. 524 - O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: I - a exposição do fato e do direito; II - as razões do pedido de reforma da decisão; III - o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo [...]. (BRASIL, 1995).

A Lei 10.352/2001, trouxe outras mudanças com relação a sua aplicação e cabimento, que esse passou a ser aplicado de uma formadiferente, sendo essa, retida, bem como as demais modalidades, sendo previstas de forma expressa na lei:

> [...] § 2º Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez)dias, o juiz poderá reformar sua decisão. § 4º Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incertareparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é

> recebida."(NR). Art. 526 Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo."(NR) Art.
> 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti,* o relator: I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557; II – poderá converter o agravo deinstrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ouincerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisãoao órgão colegiado competente; III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; IV – poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; V – mandará intimar o agravado, na mesmaoportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante a publicação no órgão oficial; VI - ultimadas as providências referidas nos incisos I aV, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias [...]. (BRASIL, 2001).

Dessa forma, trazendo uma nova sistemática aplicada ao agravo, que,na época possuía duas formas, e com número de decisões aumentando houve um aumento significativo da interposição do recurso. “Assim, houve umbrutal aumento de decisões interlocutórias, relacionadas à antecipação dos efeitos da tutela pretendida e, por conseguinte, uma enxurrada de recursos contra elas interpostos” (RODRIGUES NETTO, 2005, p. 10).

Em suma, o agravo sofreu grandes mudanças com o passar do tempo, tendo em vista o melhor aperfeiçoamento do recurso, pois, o recurso como um todo foi motivo de muitas discursões e controvérsias da doutrina e jurisprudenciais, sendo necessárias em certos pontos as mudanças e alterações feitas para um melhor aproveitamento deste, durante determinadaépoca frente ao ordenamento jurídico.

## 3. AGRAVO DE INTRUMENTO NO NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – CONCEITO E HIPOTESES DO ARTIGO1.015

### 3.1 Conceito do agravo no CPC de 2015

No CPC de 2015, dentre outras mudanças sobre o agravo de instrumento, este se limitou a ser cabível em decisões interlocutórias agraváveis, o termo interlocutório de acordo com o NCPC: “sempre que não se tratar de sentença e contiver carga decisória fala-se em interlocutória (art.203, § 2o, CPC)”. (BRASIL, 2015) Sendo em suma usado contra

decisões quenão são favoráveis para o agravante. Assim como explicita Renato Montans de Sa:

> "[...] Tantas alterações decorrem de ser o agravo, notadamente, o recurso mais frequente na realidade dos operadores do Direito, podendo ser interposto diversas vezes no mesmo processo (ao contrário da apelação, que será interposta apenas uma vez contra a sentença e decisões interlocutórias não agraváveis ao final da etapa de conhecimento). Ademais, o agravo de instrumento, juntamente como extinto agravo retido, cabiam contra toda e qualquer decisão interlocutória de primeiro grau emergente no processo. Raríssimas eram as situações que não comportavam esse recurso (como a decisão que não acolhia a exceção de impedimento e suspeição, CPC/73, art. 313). Como consequência natural dessa onda reformista que o agravo é submetido há mais de 20 anos, igualmente sofreu grandes alterações com o advento do CPC/2015" (SÁ, 2020).

Bem como, a figura do agravo retido que existia na vigência do CPC de 73 foi removido no novo CPC em 2015. Onde foi adotado um sistema maiscasual, tendo em vista a ser elegido quais situações são cabíveis e quais nãoa cabem. Sendo essas as decisões interlocutórias de primeiro grau agraváveissão sujeitas a agravo de instrumento que será interposto direto no Tribunal. No outro caso, as decisões interlocutórias não agraváveis que abrange todas as demais hipóteses que não se enquadrem no regime de recorribilidade do art. 1.015 do CPC não caberá agravo de instrumento (SÁ, 2020).

## 3.2 Hipóteses de aplicação

O agravo de instrumento que seu rol se encontra no artigo 1.015, estabeleceu mais de dez hipóteses de cabimento do agravo de instrumento eoutras hipóteses previstas em legislação extravagante. Bem como as decisões proferidas na fase de liquidação de sentença ou cumprimento desta,na fase de inventario e execução como diz o parágrafo único do 1.015.

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - Tutelas provisórias; II - Mérito doprocesso; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - Incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - Rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - Exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - Admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - Concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença,

> no processo de execução e no processo de inventário (BRASIL, 2015).

Na primeira hipótese, que versa sobre as tutelas provisórias sendo essas o fato gerador a sua urgência ou a evidencia do direito, sendo no primeiro momento um risco de perecimento de pessoa ou objetos, e que exigeo pronto entendimento pelo tribunal por meio do agravo, e segundo Renato Montans de sá a duração do processo pode ser lesiva para o agravante:

> "[...] tempo do processo é prejudicial ao autor, que suportará esse ônusmesmo tendo demonstrado a altíssima probabilidade do seu direito. Em qualquer desses dois casos é necessária a interposição incontinenti de recurso. Em decisão recente o STJ entendeu que "O conceito de 'decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória' previsto no art. 1.015, I, do CPC/2015, abrange as decisões que examinam a presença ou não dos pressupostos que justificam o deferimento, indeferimento, revogação ou alteração da tutela provisória e, também, as decisões que dizem respeito ao prazo e ao modo de cumprimento da tutela, a adequação, suficiência, proporcionalidade ou razoabilidade da técnica de efetivação da tutela provisória e, ainda, a necessidade ou dispensa de garantias para a concessão, revogação ou alteração da tutela provisória (REsp 1.752.049-PR)" (SÁ, 2020).

Na próxima hipótese, as decisões interlocutórias que versem sobre omérito da causa, sendo de extrema importância por haver em CPCs anterioresuma evidente dúvida sobre se tal decisão proferida era uma sentença parcialou se enquadrava em decisão interlocutória, no NCPC com a nova definição de sentença tal dúvida foi sanada e as decisões proferidas no curso do processo são recorríveis com agravo de instrumento (SÁ, 2020).

A terceira hipótese, trata sobre as decisões sobre rejeição de convenção de arbitragem, sendo alegada em preliminar de contestaçãoassim, a decisão que ir contra a alegação de convenção de arbitragem caberáa interposição do referido recurso para evitar que o processo percorra um longo período para depois surgir o dever de fazer cumprir a cláusula arbitral prevista no contrato.

A quarta hipótese, abarca sobre decisão que julgar incidente de desconsideração da personalidade jurídica, onde cabe agravo contra decisões, que, dado o caso concreto, será feita a desconsideração, e dessa forma desafiará o agravo de instrumento.

A rejeição do pedido de gratuidade ou acolhimento de seu pedido derevogação, que seria a quinta hipótese expõe que caberá o referido recurso, o artigo 101 do CPC garante tal possibilidade, estabelecendo que "o recurso cabível será o agravo de

instrumento, a não ser que o acolhimento ou revogação se dê na sentença, quando então será cabível apelação (arts. 101e 1.009, § 3º, do CPC).” (BRASIL, 2015).

A exibição ou posse de documento ou coisa, elude meio de prova paraadquirir documento ou coisa que o tenha em posse, sendo requerida na faseprobatória ou por meio de tutela provisória, e caberá recurso contra.

A desrespeito a exclusão de um dos litisconsortes, que se trata a sétima hipótese, se refere a retirada de um litisconsorte do processo, e tal decisão que versa sobre tal assunto não encerra o processo, sendo então decunho declaratória e cabe agravo. De acordo com o STJ em sede de recursoespecial, decidiu que não caberá agravo caso a decisão indefira o pedido de exclusão de litisconsorte, sendo cabível a apelação (REsp 1.724.453-SP).

A rejeição de pedido de limitação de litisconsórcio multitudinário, entende-se como uma decisão que rejeita o pedido, quando se deseja limitaro litisconsórcio para não afetar celeridade processual, cabendo, portanto, agrava contra tal decisão.

Outra questão é a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, que versa sobre o ingresso de terceiros no processo, que junto comoutros meios de ingresso de terceiros no processo (chamamento ao processo, *amicus curiae*[5])são feitas por decisão interlocutória, desafiando o agravo de instrumento.

A concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução, se tratando da decima hipótese está possui um caráterdiferenciado, pois caso a decisão julgue improcedente os embargos à execução[6] sem resolução do mérito caberá apelação, porém, caso a decisão verse sobre o efeito do embargo, caberá agravo de instrumento. Se tratando da redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º, tem referência na inversão de provar, sendo o juiz, em casos específicos,atribuir o ônus de provas, ou seja, o dever de provar de forma diverso, sendofeito através de decisão fundamentada, permitindo a oportunidade de a outraparte assim desincumbir o ônus que lhe foi atribuído, cabendo, portanto, agravo na decisão que deferir ou indeferir a redistribuição (SÁ, 2020).

Nas demais hipóteses, referentes a decisão em liquidação de sentença, no processo de execução e no processo de inventariado, não possui maiores restrições, estes caberão agravo de instrumento como foi decido em sede de recurso especial de número

[5] Expressão latina utilizada para se referir a um “amigo da corte”, que é responsável por fornecer informações para melhor embasamento teórico sobre determinado assunto de grandeimportância a um tribunal.
[6] Os embargos à execução são a defesa do executado em ações de execução de títuloexecutivo extrajudicial.

1.803.925 no STJ em São Paulo.

Nas legislações extravagantes caberá agravo de instrumento nashipóteses previstas nos artigos 485 e 487:

> **Art. 485.** O juiz não resolverá o mérito quando: **I** - Indeferir a petição inicial; **II** - O processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; **III** - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; **IV** - Verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; **V** - Reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada; **VI** - Verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; **VII** - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; **VIII** - homologar a desistência da ação; **IX** - Em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e **X** - Nos demais casos prescritos neste Código. **§ 1º** Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias. **§ 2º** No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado. **§ 3º** O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dosincisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. **§ 4º** Oferecida a contestação, o autornão poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação. **§ 5º** A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença. **§6º** Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu. **§ 7º** Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo,o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se. (BRASIL, 2015)
> **Art. 487.** Haverá resolução de mérito quando o juiz: **I** - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; **II** - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; **III** - homologar: **a)** o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; **b)** a transação; **c**) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.
> **Parágrafo único**. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, aprescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se. (BRASIL, 2015)

Dessa forma, o novo CPC, trouxe diversas soluções para os problemas que existiam em legislações anteriores. O rol do artigo 1.015 possui de acordo o STJ, uma taxatividade mitigada é assim sendo, caberá o recuso em outros casos fora os que estão devidamente expressos no referidoartigo, dessa forma, existindo uma "legislação própria" do tribunal que decideonde tal recurso pode ser cabível.

## 4. PROCEDIMENTO DO AGRAVO DE INTRUMENTO

### 4.1 Atos procedimentais do referido recurso

O agravo de instrumento, possui um caráter diferenciado comparado aos

outros recursos existentes no CPC, pois este é o único recurso que o órgãojulgador, do poder judiciário procederá sua apreciação sem ter a sua disposiçãotodas as informações presentes nos altos para analisar as razões recursais naintegralidade do confronto, se tratando de processos físicos.

No agravo de instrumento, em especifico o processo permanece na primeira instância sendo levado para o tribunal apenas as razões recursais. O artigo 1.017 do NCPC elucida que necessariamente deva ser trasladado as copias das peças do processo junto as razões do recurso para assim forma um instrumento, sendo remetido diretamente ao tribunal.

> **Art. 1.017**. A petição de agravo de instrumento será instruída: **I** - Obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada,da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; **II** - Com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal; **III** - facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis. **[...] § 3º** Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único. [...] **§ 5º** Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-seas peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia. (BRASIL 2015)

Dessa forma como explicita o artigo supra citado, são obrigatórias seispeças, porém, dependem em que fase se encontra o processo, ou depende dasituação que ensejou o agravo. Dessa forma, a norma legal elude, "a cópia dapetição inicial, cópia da contestação, cópia da petição que originou a decisão agravada, cópia da decisão agravada, a cópia da certidão de intimação da decisão ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e a cópia da procuração outorgada aos advogados do agravante e do agravado" (BRASIL, 2015).

Está penúltima se refere, a uma peça que possa provar a tempestividade do recurso, se referindo a o tempo que foi levado para sua interposição. No caso da procuração, se decorrer da lei se faz necessário, porém, caso decorra do instrumento, não se faz necessário sua apresentação (SÁ, 2020).

Alusivo ao segundo inciso do artigo supra citado, o advogado constituído do processo, por sua própria responsabilidade, devido alguma dificuldade apresentada (os

autos estão em carga com a outra parte, ou ocorreuo extravio do documento especifico), poderá declarar a falta dos referidos documentos, por meio de uma declaração, ou poderá o magistrado conceder um prazo para a parte regularizar.

Entretanto, caso a falta de um documento não ocorrerá a extinção doagravo, por foça do parágrafo terceiro, do mesmo artigo, que solicita que o juizconceda um prazo de cinco dias para sanar o presente vicio.

E por fim, o processo sendo eletrônico, por força do parágrafo quintodispensa a translação dos documentos, pois estes podem ser acessados pelo magistrado via internet. Caso a parte queira juntar documentos que julgue necessário poderá de pronto ser feito. Bem como, existe entendimento do STJsobre o assunto:

> "A disposição constante do art. 1.017, § 5º, do CPC/2015, que dispensaa juntada das peças obrigatórias à formação do agravo de instrumentoem se tratando de processo eletrônico, exige, para sua aplicação, queos autos tramitem por meio digital tanto no primeiro quanto no segundo grau de jurisdição" (REsp 1.643.956-PR).

Nesse sentido, o recurso possui um diferencial quando comparado com os recursos existentes no ordenamento jurídico, e por possuir tal caráter,se faz importante ter entendimentos do STJ, referenciado a atos procedimentais no dia a dia da atividade jurisdicional. E com a chegada do processo virtual, houve, por meio de lei e jurisprudência, uma dispensa de juntada das referidas copias, gerando celeridade processual.

4.2 Atos específicos procedimentais do artigo 1.018 do CPC

Como todo recurso existente no pátrio ordenamento, existem requisitos de admissibilidade, e não obstante, requisitos específicos que versam sobre determinadas situações que podem vir a ocorrer durante a fase processual, logo, de acordo com o artigo 1.018 do novo CPC, é especificado situações que o agravante poderá requerer a juntada do agravo e demais documentos:

> Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso. **§ 1º** Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento. **§ 2º** Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomaráa providência prevista no caput, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento. **§ 3º** O descumprimento da exigência de que trata o § 2º, desde que arguido e provado pelo agravado,

> importa inadmissibilidade do agravo de instrumento. (BRASIL, 2020).

Assim sendo o processo eletrônico, o tribunal terá acesso a todo o processo de forma virtual, sem precisar que a regra do primeiro inciso do 1.017seja cumprida.

Todavia, os autos sendo físicos, e de cunho obrigatório a apresentação das referidas copias, pois no caso do descumprimento dos parágrafos segundo e terceiro, é ensejado sobre o recurso a inadmissibilidade.Entretanto, explicita Renato Montans de Sá que:

> "na prática, os juízes de primeira instância vêm informando aos Tribunais acerca do cumprimento quando intimados a prestarinformações. A despeito da praticidade, esta conduta deve ser evitada na medida em que a lei expressamente confere ao agravado a legitimidade exclusiva para fazê-lo." (SÁ, 2020)

Sendo assim, conferindo a lei a parte a legitima para fazê-lo, este se torna direito disponível da parte, pois caso não o faça, o prejuízo recai sobre aparte e não ao processo, "se esta não arguir falta de requisito de admissibilidade específico do agravo é porque não terá causado prejuízo algum se deslocar ao Tribunal para ter acesso ao recurso" (SÁ, 2020).

Portanto, não sendo reconhecido de oficio, o agravado deve semanifestar o quanto antes, e na primeira chance que puder se expressar no processo, podendo perder a oportunidade de fala, sendo recaído a preclusão sobre o ato processual.

## 5. CABIMENTO E ADMISSIBILIDADE DO ARTIGO 1.015 PELOSTJ, GERA INSEGURANÇA JURIDICA?

### 5.1 Art. 1.015 e a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça

Os recursos especiais de número 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, são indicações do Tribunal como norteadores da discussão afim de verificar a possibilidade de uma interpretação extensiva ao artigo 1.015 para admitir o seu cabimento em hipóteses fora a previstas no rol do referido artigo.

Quanto a referida decisão, o ministro do STJ Mauro Campbell Marques, notoriamente, explicitou sobre o perigo de haver a abrangência do julgamento, que devido a larga escala da discussão, as hipóteses de onde pode ser cabível deve ser

analisado isoladamente caso a caso[7].

O referido recurso especial teve início em 2018 com o voto da ministrarelatora Nancy Andrighi que foi a responsável por fixar a taxatividade mitigadado artigo 1.015, do CPC. Em sua fala, inicialmente se preocupou em traçar um o perfil histórico da recorribilidade das decisões interlocutórias por meio do agravo de instrumento, sendo importante a recorribilidade célere das decisõesinterlocutórias.

Reservou um tempo, para suscitar sobre a divergência doutrinaria sobre o referido assunto, bem como, constatou a veracidade da discussão existente no meio jurídico sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias. Como também indicou quais as principais dúvidas doutrinarias sobre o rol do art. 1.015, se este era taxativo, restritivo, exemplificativo e taxativo, porém cominterpretação extensiva ou analógica.

Com relação a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC, constatou queo legislador de forma intencional restringiu o uso do recurso, e afirmou que os casos que não se encontram no rol do artigo 1.015, podem ir contra o direito daação e inafastabilidade da jurisdição.

E por fim, dá seu julgamento, concluindo que o rol possui umataxatividade mitigada, que o simples fato de ser taxativo não caberia a tutela em todas as hipóteses em que seria incapaz, e o reexame no futuro seria inviável, e assim desconsiderou as demais interpretações (extensiva, analógicae exemplificativo), sobre a fundamentação de não serem imediatas e não conseguirem abarcar todas as situações que são apresentadas durante o processo. E ao final explicita que o agravo de instrumento possui um caráter efundamento na urgência não podendo a parte aguarda até o fim do processo.

Pois para a relatora, o uso da taxatividade mitigada vem do principio da inafastabilidade da jurisdição e de outros princípios como a instrumentalidade das formas presente no Código de processo Civil.[8]

---

[7] Preliminarmente, gostaria de chamar a atenção dos meus pares para o fato de que – não obstantea relevância do tema e da divergência doutrinária quanto a tese de ser ou não taxativo osróis de hipóteses elencadas no art. 1015 do CPC/2015 – não poderemos enumerar todas as decisões interlocutórias que, apesar de não elencadas no citado dispositivo, seria atacáveis na viado agravo de instrumento. Penso que referida temática, dada a sua amplitude, deverá ser examinada caso a caso. Por hora nos interessa definir apenas um tema que foi bem delimitado pelo Presidente da Comissão Gestora de Precedentes: "Possibilidade de se atribuir interpretaçãoextensiva ao art. 1015 do Código de Processo Civil para admitir-se o cabimento de agravo de instrumento que decide sobre competência." (voto retirado da fala do Ministro Mauro Campbell Marques sobre a afetação do recurso).

[8] A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata dedecisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, [...] Não há que se falar, destaque-se, em desrespeito a consciente escolha político-legislativa de restringir o cabimento do agravo de instrumento, mas, sim, de interpretar o dispositivo em conformidade com a vontade do legislador e que é subjacente à norma jurídica, qual seja, o recurso de agravo de instrumento é sempre cabível para as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação", nos termos do Parecer nº 956

Os Ministros Jorge Mussi, Napoleão Nunes Maia Filho, Felix Fischer e Luis Felipe Salomão, acompanharam o voto da relatora, que propôs a taxatividade mitigada, admitindo a interposição de agravo de instrumentoquando verificada urgência.

Ao fim, a Corte Especial, por maioria, reconheceu o recurso especial e foi dado provimento, para ser adotado a tese apresentada pela relatora Ministra Nancy Andrighi.

Os Ministros Benedito Gonçalves e Raul Araújo acompanharam o voto da relatora seguindo a impugnação em decisões interlocutórias por agravode instrumento quando o recurso futuro for inútil.

Sendo assim, fixado pelo STJ a referida tese, e dessa forma o agravo de instrumento, foi reconhecido em seu rol do artigo 1.015 com a taxatividade mitigada e sendo usado em casos fora expresso no artigo supracitado, sobre oescopo de este não conseguir abarcar todos casos advindos de processos e possuir um caracter urgente.

## 5.2 A insegurança jurídica gerada pela tese do STJ

Durante o julgamento em sede de recurso especial no STJ, alguns ministros não concordaram com o voto proferido pela relatora ministra Nancy Andrighi, em especial os que se referiram a insegurança jurídica que causaria caso tal tese (taxatividade mitigada) fosse adotada.

A ministra Maria Thereza de Assis, foi uma das que foi de encontro ovoto da relatora, em alegar que o legislador de fato quis restringir o cabimento do agravo de instrumento, e sinalizou que a tese da relatora faz surgir hipóteses não previstas no ordenamento jurídico vigente, e alerta que pode, no fim das contas, causar mais problemas do que soluções tendo em vista o caso concreto,pois terá que ser analisado caso a caso, e verificar se possui urgência no julgamento ou não. E que dessa forma, iria gerar um efeito inverso, já que ao invés de uniformizar o entendimento junto a corte, cada tribunal adotaria um entendimento diferente sobre o julgamento imediato da lide.

E que por tais razões, propõe que seja cabível agravo de instrumentosomente em situações que apenas estivessem previstas expressamente na lei em seu rol do artigo 1.015 do CPC.

O ministro, Og Fernandes, destacou em seu o voto que, a tese proferida pela relatoria iria além do que está previsto na lei, não havendo fundamento ou previsão legal

de 2014, derelatoria do Senador Vital do Rego." (voto proferido pela relatora ministra Nancy Andrighi).

para essa tese. E indica que o julgamento deve ser de acordo com a previsão legal, outrora estabelecido pelo legislador e não concorda com a melhora do referido recurso se prosseguir. E vai além em acrescentar que se o referido voto prosseguir, o referido artigo deixaria de ser aplicado, sendo equivalente a ser declarado inconstitucional, sendo essa possibilidade não tendo sido mencionada em momento algum.

E concluiu, sinalizando pela fixação da tese no sentido de somente se admitir agravo de instrumento nas hipóteses expressamente previstas.

Na continuidade do julgamento, o Ministro Mauro Campbell Marquesseguiu o voto do Ministro Og Fernandes pela negativa do provimento ao recurso, e admitir o agravo de instrumento em situações expressamente previstas em lei.

Os votos contrários proferidos pelos ministros demonstram um padrão e de certa forma uma preocupação, em relação a o desuso do referidorol do artigo 1.015 do CPC, tendo em vista, ser cabível a interposição do recurso em decisões que versem sobre situações que não se encontram elencadas norol do referido recurso.

E como nas falas, da ministra Maria Thereza de Assis e Og Fernandes, o uso de tal método interpretativo trará mais problemas para o ordenamento jurídico do que soluções, pois, utilizar a taxatividade mitigada sobre o escopo de esta abarcar todos os casos que podem advir de processo,faz com que se deixe em desuso o artigo 1.015 do CPC, por ser limitado pelo próprio legislador.

## 6. CONCLUSÃO

Com a promulgação do novo Código de processo civil em 2015, o agravo teve um novo formato de aplicação comparado com os antigos agravosusados em Códigos de processo civis anteriores e com o passar das épocas olegislador foi aperfeiçoando o recurso para o traze-lo na forma que este se encontra atualmente.

À medida que o trabalho foi desenvolvendo, chegava à conclusão quenão era sobre a natureza da decisão que se prestava sobre o cabimento ou não do referido recurso, mas sobre o conteúdo desta decisão, e se está se encaixava no rol do artigo 1.015 do código de processo civil de 2015.

o artigo do 1.015 do CPC, se prestou para restringir o uso do agravo de instrumento em sua totalidade, deixando expressamente explicitados os casos que cabem o referido recurso quando se trata sobre o conteúdo da decisão interlocutória.

Acredito que mesmo com o rol tendo um caráter restritivo, este se encaixa

melhor forma taxativa, e até mesma extensiva, mas sempre observando para não ultrapassar os limites legais, pois é reconhecível que existem muitas situações que podem ocorrer durante o curso do processo, sendo necessário tal reconhecimento do uso da extensividade.

O Superior Tribunal de Justiça, em uma tentativa de resolver as divergências existentes no meio jurídico, sobre a taxatividade do rol do 1.015 do CPC, trouxe um entendimento de taxatividade mitigada, que permite o uso do referido recurso em situações que não estão abarcados na lei, e que possuem incidência do recurso de forma urgente.

Creio que este não seja o meio correto para pacificar as divergênciaspresentes no ordenamento jurídico, devido ao artigo do 1.015 do CPC entrar em desuso. Pois, após o entendimento ser firmado, o recurso de agravo de instrumento passou a ser interposto em toda decisão interlocutória que lhe for contrária. O que se pode analisar na pratica é que os juízes se atentam tão somente a tempestividade do recurso e não seu cabimento legal.

Devendo ser feito de forma a ser utilizado de forma a abarcar os casos não previstos em lei, de forma a que seja analisado junto aos casos previstos em lei e de acordo com a norma legal, e realizando um método extensivo paratal, não sendo utilizado como da forma atual, sendo cada decisão interlocutóriacontraria a parte é interposto o recurso do agravo de instrumento.

O presente trabalho tem a função de esclarecer pontos ainda controversos, mesmo após decisão em recurso especial no STJ, busca proporsoluções para resolver da melhor forma e evitar a insegurança jurídica e gerar a igualdade dentro do tão conturbado meio jurídico.

## REFERÊNCIAS

ALLA, Valentina Jungmann Cintra. O Novo Recurso de Agravo. **Revista dos Tribunais Online**, Rio Grande do Sul, v. 84, n. 618, p. 56-98, dez. 1996.

AMORIM, Sheila, **o agravo de instrumento no código de processo civil de 2015**, Trabalho de conclusão de curso entregue a UNIVERSIDADE REGIONALDO RIO GRANDE DO SUL, 2019.

ASSIS, Araken De. **Manual dos Recursos**: De acordo com o novo CPC e a Lei13.256/2016. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 1166 p.

ATHENA, bastos. **Agravo de instrumento no novo CPC**: guia completo. Disponível em: https://blog.sajadv.com.br/agravo-de-instrumento-novo-cpc/.Acesso em: 16 set. 2020;

BRASIL, **Código de processo civil, 1939**; disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL, **Código de processo civil, 1973**; disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 2 nov. 2020

_____, Lei n° 1.608 de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**.Rio de Janeiro.

_____. Lei n° 10.352, de 26 de dezembro de 2001. **Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil,referentes a recursos e ao reexame necessário**. Brasília.

_____. Lei nº. 9.307 de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Brasília.

BRASIL, **Código de processo civil, 2015**; disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1 nov. 2020

CARVALHO, Fernando Ribeiro da Silva. **Recurso de Agravo:** origem eevolução**,** Vitoria, 2018.

GOMES, Fernanda Pagotto, **Cabimento do agravo de instrumento no novocódigo de processo civil: as decisões agraveis de instrumento**, trabalho de mestrado entregue a PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, 2019.

MANSOLDO, Mary. **O Futuro dos Recursos Judiciais**. Ambiente jurídico, 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito- processual-civil/o-futuro-dos-recursos-judiciais/. Acesso em: 17 set. 2021.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Recurso de agravo: generalização de sua interposição sob a modalidade retida. **Revista Dialética de DireitoProcessual**. 2005.

**Recurso Especial n° 1.643.956/PR**. Ministros da Corte Especial do SuperiorTribunal de Justiça, Relatora Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em:09/05/2017. Disponível em:https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465611775/recurso-especial-resp- 1643956-pr-2016-0325249-9/relatorio-e-voto-465611798. Acesso em: 20 set. 2021

**Recurso Especial n° 1.696.396/MT**. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Min. Nancy Andrigh, Julgado em: 10/04/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPe

squisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201696396. Acesso em: 28 out. 2021.

**Recurso Especial n° 1.704.520/MT**. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Min. Nancy Andrigh, Julgado em: 05/12/2018. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661785891/recurso- especial-resp-1704520-mt-2017-0271924-6/inteiro-teor-661785899. Acesso em: 20 out. 2020.

**Recurso Especial n° 1.752.049/PR**. Ministros da Corte Especial do SuperiorTribunal de Justiça, Relatora Min. Nancy Andrigh, Julgado em: 13/07/2018.Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686877993/recurso-especial-resp-1752049-pr-2018-0164549-8/relatorio-e-voto-686878019. Acesso em: 20 de set. 2021.

**Recurso Especial n° 1.724.53/SP**. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Min. Nancy Andrigh, Julgado em: 26/06/2017. Disponível em: https://civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Processo_Civil/RESP_1724453_Inteiro_ teor.pdf. Acesso em: 20 de set. 2021.

**Recurso Especial n° 1.803.925/SP**. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Min. Nancy Andrigh, Julgado em: 11/04/2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/cabe-agravo-instrumento- interlocutoria.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil.** 5. ed.. São Paulo. Local da publicação: Saraiva Educação, 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O novo regime do agravo**. 2. ed. rev. atual.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

# ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A CARÊNCIA DE LEGISLAÇÃO VIGENTESOBRE O TEMA EM NOSSO PAÍS

Ana Clarisse L. P. Estrela de Melo[1]
Walber Cunha Lima[2]

**RESUMO**

O presente trabalho tem como tema as técnicas de Reprodução Humana Assistida, analisando a responsabilidade civil frente às lacunas do ordenamento jurídico brasileiro e tem por objetivo principal promover reflexões sobre os problemas bioéticos e jurídicos proveniente de tão controverso tema. A problemática se verifica principalmente na concepção do filho através das técnicas de reprodução humana assistida, levando em consideração o direito ao planejamento familiar previsto na Constituição e a carência de legislação que regulamente tais procedimentos de forma ética e juridicamente corretas. Assim, a presente pesquisa se justifica por tratar de problemática relacionada a uma das esferas mais importantes do ser humano, o direito à vida e consequentemente a procriação. Por conseguinte, é necessário que os operadores do Direito conheçam os tipos de técnicas de Reprodução Humana Assistida, bem como sua classificação no mundo científico, para que possam conduzir e litigar de forma justa e sempre relacionada à bioética. Na abordagem do tema proposto, serão observadas e conceituadas as técnicas de reprodução humana assistida, de forma que se esclareça e não deixe dúvidas sobre tais procedimentos. Apresentaremos ainda, os princípios norteadores do direito relacionados ao planejamento familiar em uma análise conceitual e interdisciplinar do assunto, para tentar minimizar os questionamentos relacionados ao tema.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte

**Palavras-chave:** Genética. Dignidade da pessoa humana. Responsabilidade civil. Planejamento Familiar. Reprodução Humana Assistida.

**ABSTRACT**

The present work has as its theme the techniques of Assisted Human Reproduction, analyzing civil liability in the face of gaps in the Brazilian legal system and has as main objective to promote reflections on bioethical and legal problems arising from such a controversial theme. The problem occurs mainly in the conception of the child through the techniques of assisted human reproduction, taking into account the right to family planning provided for in the Constitution and the lack of legislation that regulates such procedures ethically and legally correctly. Thus, this research is justified by dealing with a problem related to one of the most important spheres of the human being, the right to life and consequently procreation. It is therefore necessary that law operators know the types of assisted human reproduction techniques, as well as their classification in the scientific world, so that they can conduct and litigate fairly and always related to bioethics. In the approach to the proposed theme, assisted human reproduction techniques will be observed and conceptualized, so that it is clarified and does not leave doubts about such procedures. We will also present the guiding principles of the law related to family planning in a conceptual and interdisciplinary analysis of the subject, to try to minimize the questions related to the subject.

**Key-words:** Science. Genetics. Dignity of the Human Person. Civil Responsability. Family Planning. Assisted Human Reproduction.

## 1 INTRODUÇÃO

A humanidade tem avançado em vários setores de maneira rápida, levando a possibilidade de superação e resolução de inúmeros problemas que atormentavam à sociedade. Dentre os campos que avançam rapidamente, a partir do século XX, está a medicina, que em conjunto com a engenharia genética, a biotecnologia e a evolução das técnicas de reprodução humana assistida, trouxeram a possibilidade de realização do

projeto parental para pacientes com problemas de fertilidade, incluindo todos os tipos de família, desde a casais heteros, homoafetivos ou pessoas solteiras.

A Constituição Federal de 1988, consagrou o direito ao planejamento familiar de maneira livre, possibilitando, através das técnicas de reprodução assistida a concretização do projeto parental, almejado por inúmeras pessoas com problemas relacionados a infertilidade. No entanto, apesar deste direito está previsto na CF/88, ainda existe uma carência no nosso ordenamento jurídico de leis ou normas, que regulamentem essas técnicas, gerando assim uma "liberdade" que pode trazer inúmeros danos a sociedade. Este livre direito ao planejamento familiar, deve está fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana, gerando assim, uma parentalidade responsável, para o melhor interesse da criança, do adolescente, do jovem, da sociedade de maneira geral.

Devemos levar em consideração, de maneira enfática, que as técnicas de reprodução assistida, não se limitam apenas a facilitar a gestação, mas abarcam de maneira grandiosa e perigosa a manipulação genética.

A análise da problemática em questão, fará com que seja questionado o avanço da ciência genética, no campo da reprodução humana, levando em conta a avaliação e debate de diferentes profissionais e áreas do conhecimento humano, lembrando que tais procedimentos ligados a reprodução humana assistida atuam sobre a própria vida humana procurando sanar os problemas da infertilidade de pessoas que buscam, através dela, a realização do sonho de ter um filho.

Surge a partir da aplicação dessas técnicas, o interesse do direito, com o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, exigindo uma reconsideração do instituto da responsabilização da pessoa humana em seus respectivos campos de atuação, em especial aquela que alicerça a relação médico-paciente. A preocupação, no campo da reprodução humana assistida, com a carga de responsabilidade civil do médico que realiza esses procedimentos, é analisada em face da lei, para assegurar, ao paciente que procura por esses serviços, ampla e irrestrita tutela dos seus direitos, bem como das clínicas e hospitais que executam tais procedimentos.

## 2 DA BIOÉTICA AO DIREITO: QUESTÕES JURIDICAMENTE RELEVANTES

A evolução da biociência e da biotecnologia fez com que o sonho da parentalidade, diante da infertilidade, se tornasse realidade e o mundo se tornasse um enorme laboratório provido de uma capacidade ilimitada de pesquisas e descobertas e é a partir deste contexto que a bioética promove uma acentuada reflexão acerca da própria natureza humana, sendo uma ligação entre a Ética e o Direito.

Para que se chegue à compreensão sobre a relação entre bioética, planejamento familiar, técnicas de reprodução assistida e o direito, devemos primeiro entender o que é a bioética e o que ela engloba, para a partir daí compará-la a outroscampos.

Segundo Karla Ferreira de Camargo Fischer ressalta em sua obra:

> A bioética se mostra um instrumento capaz de "mediar" a incessante discussão acerca da interação entre desenvolvimento tecnológico, direito e ética, principalmente no que tange as questões relacionadas à biomedicina, visto que são de grande relevância por terem como propósito pesquisas atinentes a vida humana. (FISCHER. 2017, p.5)

Considerando assim, que a bioética tende a levar-nos a debater sobre os limites e os parâmetros éticos e morais envoltos no avanço das pesquisas científicas. Assim, entende-se que a Bioética é a ciência destinada ao estudo do "comportamento moral do homem em relação às ciências da vida" (CONTI, 2004. p. 5).

O papel da bioética em síntese, seria solucionar ou pelo menos tentar solucionar dilemas a partir de princípios, sabendo que não há somente uma resposta a ser julgada correta, mas uma busca de um equilíbrio entre a ciência e o respeito à vida, levando em consideração os benefícios que os avanços científicos e biológicos acarretam, permanecendo alerta para os riscos que eles representam para a sociedade e para o meio onde vivemos.

## 2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A Constituição Federal, continuou colocando a família como base da sociedade e que conta com proteção do estado, porém ao contrário das Constituições anteriores, preocupou-se mais com o social e coletivo, do que o individual, trazendo grandes mudanças relacionadas ao Direito Civil e ao Direito de Família.

O constituinte reconheceu não apenas a necessidade da proteção da dignidade da

pessoa humana, mas a igualdade entre os membros familiares, ou seja, o Estado passou a tutelar não só as relações familiares, mas a proteção da pessoa, enfatizando que a família é responsável pelo início da formação do indivíduo, por isso a grande importância dada a instituição familiar, não importando ela qual seja.

Dentre as muitas transformações trazidas pela Constituição de 1988 , estão a igualdade entre o homem e a mulher na administração familiar; o planejamento familiar e a paternidade responsável; a família homoafetiva teve seus direitos reconhecidos; acabou com a diferença entre filho oriundo ou não de casamento; o reconhecimento da paternidade homoafetiva e socioafetiva em igualdade com a paternidade biológica; assistência à família e a criação de medidas para coibir a violência familiar, dentre outros, levando sempre para o lado de um novo conceito familiar baseado em valores que objetivam uma vida saudável e feliz.

## 2.2 PLANEJAMENTO FAMILIAR E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O planejamento familiar é um propósito pela qual todo cidadão brasileiro sem interferência do Estado, tem direito, visto que a família é considerada a base da sociedade e é protegida pela Constituição Federal vigente, como consta no Art. 226.[3]

No ordenamento jurídico brasileiro, a livre decisão sobre o planejamento familiar é defendida como direito fundamental, enfatizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal de 1988 (art. 226, §7º), e no Código Civil de 2002 (art. 1565, §2º). Assim, o planejamento familiar é uma decisão livre para o casal, baseando-se sempre nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo função do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Brasil, 1988)

> Visto que, segundo Karla Ferreira de Camargo Fischer[4] cita em seu artigo, "no presente estudo, não se tem como objetivo desvendar o princípio da dignidade do ser humano em todas as suas facetas ou, o que é mais difícil (para não dizer impossível), realizar um completo delineamento de seu conteúdo. Sabe-se que a

[3] A Lei do Planejamento Familiar, Lei 9.263/96, regula o dispositivo constitucional do artigo226, § 7º, da Constituição Federal de 1988, a qual promove a saúde reprodutiva.
[4] FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. 2017.

> dignidade do ser humano, enquanto direito fundamental, pode ser tomado em seus aspectos (a) negativo e positivo e (b) subjetivo e objetivo. Sabe-se, também, que, por ser o fundamento por excelência do ordenamento jurídico, não há setor ou ramo deste no qual o princípio da dignidade do ser humano não se faça presente, em maior ou menor medida. É o que se verifica quando o assunto em pauta trata de biotecnologia, mais especificamente da reprodução humana assistida, não se admitindo a utilização destas técnicas com o propósito de ofender a dignidade do ser humano."

Neste sentido, INGO WOLFGANG SARLET traz a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser um elemento de proteção dos direitos fundamentais, "... serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes". Nesse quadrante, pode-se dizer que esse princípio funciona como um limite do direito fundamental de livre iniciativa.[5]

No mundo contemporâneo, experimentamos uma reformulação do que era considerado modelo de família tradicional, sendo substituído por uma definição moderna, acompanhando a evolução e a obtenção de valores introduzidos na sociedade. Tendo em vista as diversas formas de filiação, o conceito clássico de família vem sendo modificado, a reprodução das espécies que, até bem pouco tempo, dependia da conjunção carnal entre homem e mulher, passou a ser possível através de métodos artificiais, ampliando, assim, a variedade da constituição familiar, advindas da reprodução humana assistida, apresentada pela evolução na biomedicina.

Observa-se a partir dessa evolução, que a sociedade moderna passa por uma revisão do conceito de família e princípios tradicionais, principalmente com relação ao direito de família, que são analisados a partir de fatos e acontecimentos polêmicos decorrentes da reprodução humana assistida, proporcionando assim, avistarmos os caminhos que vêm sendo tomados pela doutrina, jurisprudências e legislações brasileiras.

Segundo Janice Bonfiglio Santos Souza (2002):

> O antigo modelo patriarcal e hierarquizado, centrado no casamento, evoluiu para um modelo de família moderno, onde a liberdade de escolha fica evidente, já que lhes é permitido o planejamento familiar. Muitas vezes este projeto não pode ser realizado, pois o filho tão esperado não vem, restando à busca em uma forma alternativa de procriação, a artificial. (SOUZA, 2012, p.29).

[5] SARLET, Ingo Wolfgang. 2002.

Destarte, é possível observar que as técnicas de Reprodução Humana Assistida auxiliam de forma eficaz e rápida muitas famílias brasileiras no planejamento familiar, como uma alternativa de procriação, tornando-se, portanto, necessário e de extrema importância, expor sobre o significado e diferenças de tais técnicas, bem como suas possíveis consequências no mundo jurídico**.**

## 3 A CLASSIFICAÇÃO CIENTÍFICA DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃOHUMANA ASSISTIDA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

### **3.1** CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A doutrina coloca para nós, alguns conceitos de reprodução humana assistida, entre eles "o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana", que pode ser tratada como concepção artificial, fertilização artificial ou fecundação assistida.[6]

É possível afirmar que a reprodução humana assistida ocorre por meio das técnicas artificiais, que utilizam gametas masculinos e femininos, com o intuito de ajudar quem tem algum problema de infertilidade ou mesmo é estéril, para realização do projeto parental. As opções são: inseminação artificial homóloga ou heteróloga; fecundação in vitro, inseminação post mortem, maternidade por substituição, entre outras.[7]

No entender de Andrea Aldrovandi e Danielle Galvão de França, trata-se da:

> "(...) intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que as pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade a paternidade".[8]

Em termos simples, compreende-se como Reprodução Humana Assistida o auxílio à fertilização humana, pois leva os espermatozóides aos óvulos, favorecendo a

[6] RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. In: TEXEIRA, AnaCarolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). 2008.p.228.
[7] LEITE, Eduardo de Oliveira. p.26
[8] ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de.2002.

procriação. Importante mencionar que o termo "reprodução assistida" é adotada pelo Conselho Federal de Medicina, portanto, a terminologia utilizada é baseada conforme dispõe do referido órgão, elencada na Resolução 1.358/92.

O atual Código Civil não conseguiu acompanhar as diversas mudanças da sociedade contemporânea, sendo previstas algumas hipóteses em caso de reprodução assistida, como podemos verificar no artigo Art. 1.597.[9]

## 3.2. A TÉCNICA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial é um procedimento mais simples do que a Fertilização in Vitro e consiste em diminuir o caminho percorrido pelo espermatozóide até o óvulo, para que haja maior probabilidade de uma fecundação.

Essa técnica é eficiente no tocante a diversos casos, como quando o homem possui alterações leves no sêmen ou se a mulher apresenta um muco no colo uterino que impede a subida dos espermatozoides, além dos casos em que a mulher não ovula adequadamente.

Acerca sobre o conceito de inseminação artificial, Reinaldo Pereira e Silva (2002) entende como:

> A inseminação artificial consiste em técnica de procriação assistida mediante a qual se deposita o material genético masculino diretamente na cavidade uterina da mulher, não através de um ato sexual normal, mas de maneira artificial. Trata-se de técnica indicada ao casal fértil com dificuldade de fecundar naturalmente, quer em razão de deficiências físicas (impotentia coeundi, ou seja, incapacidade de depositar o sêmen, por meio do ato sexual, no interior da vagina da mulher; má-formação congênita do aparelho genital externo, masculino ou feminino; ou diminuição do volume de espermatozóides [oligoespermia], ou de sua mobilidade [astenospermia], dentre outras), quer por força de perturbações psíquicas (infertilidade de origem psicogênica). (SILVA, 2002, p.40).

[9] 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. onde apenas irá ocorrer a implantação dos embriões já fecundados. A inseminação artificial e a fertilização in vitro (FIV) são devidamente realizadas com acompanhamento médico, e existe diferençaentre as duas, o que poderá ser observado de forma detalhada a seguir."

Na técnica de Reprodução Humana Assistida designada inseminação artificial, o sêmen é depositado diretamente na cavidade do útero durante a ovulação da mulher, para ser fecundado. Lembrando que para realização deste procedimento, o sêmen é coletado por intermédio da masturbação do homem e separado em laboratório, com o intuito de selecionar os espermatozoides com maior potencial, para que haja assim, maior chance de fecundação.

Atualmente sêmen e óvulos podem ser congelados por até 20 anos sem que suas características se percam e essa prática ocorre normalmente quando o paciente irá passar por tratamentos médicos que podem causar esterilidade, como tratamentosoncológicos.

A técnica de inseminação artificial pode ser realizada de duas formas: pela inseminação homóloga e pela inseminação heteróloga.

## 3.3 A TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO (FIV)

A fertilização in vitro consiste em um tratamento mais complexo, realizado totalmente em laboratório, onde o óvulo é retirado do ovário através de uma punção por via transvaginal e é fecundado pelo espermatozóide no laboratório, fora do corpo da mulher e após um período de desenvolvimento o embrião no laboratório é transferido para o útero, que foi previamente preparado, através de estímulos hormonais para aceitar o embrião.

Essa técnica de fecundação é extracorpórea, na qual o óvulo e os espermatozóides são previamente retirados de seus doadores e são unidos em um meio de cultura artificial localizado em meio especial.

A fertilização in vitro está indicada para casais em que a mulher apresenta esterilidade de origem tubária, homens com alterações importantes no sêmen, como baixa concentração de espermatozoides ou baixa motilidade, em casais homoafetivos, dentre outras situações. No entanto, apesar de ser uma técnica de reprodução humana que auxilia muitas famílias em seus planejamentos familiares, é necessário ressaltar que esta técnica apresenta questões éticas e jurídicas que o ordenamento jurídico brasileiro não está apto a resolver como:

> Uma grande polêmica que se cria a partir da Fecundação In Vitro, diz respeito ao destino dos embriões formados e que não foram utilizados para a concepção. Como sabemos, em um programa que utilize essa técnica de reprodução assistida, muitas vezes o médico cria vários embriões do casal para suprir em

> eventual problema que ocorra com o embrião selecionado para o processo ou mesmo para ser utilizado em futuras concepções. (FRAZÃO, 2002).

E acrescenta que:

> Contudo, tal fato pode acarretar problemas jurídicos incríveis. Supondo que o casal resolva congelar embriões para um futuro uso e que, repentinamente, os membros do casal se divorciem, quem terá a "tutela" dos embriões? Será que a mãe tem direito de implantar alguma de suas reservas sem o consentimento do marido, ou será que este, caso não permita o referido implante, tem o direito de ver os embriões destruídos? (FRAZÃO, 2002).

Diante de tamanha polêmica, é imperioso ressaltar que as técnicas de reprodução assistida produzem litígios inesperados para o Código Civil, bem como para todo o ordenamento pátrio, uma vez que se observa e já citamos no decorrer do artigo, que os diplomas legais brasileiros, não acompanharam as aceleradas mudanças e evolução das famílias, da sociedade e da medicina contemporânea.

> As técnicas de reprodução assistida, em especial a Fertilização In Vitro, são de utilização bastante recente no cenário nacional. Isso posto, não há lei específica que regule por completo todas as implicações que estas técnicas podem acarretar. Contudo, dada a importância da matéria, existem algumas disposições normativas que tentam, dentro de seus limites, controlar as práticas médicas relacionadas ao tema. Tais disposições encontram-se reunidas basicamente em três diplomas: o Código de Ética Médica, a resolução do Conselho Federal de Medicina CFM n0 1.358/92 e a lei 8.974/95 que disciplina os processos de manipulação genética. (FRAZÃO, 2002).

É possível observar que o Código de Ética Médica de 1988 apenas disciplina vagamente a questão relacionada ao tema.[10]

Neste viés, ainda abordaremos detalhadamente a falta de legislação vigente sobre o assunto.

## 3.4 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO OU “BARRIGA DE ALUGUEL

A gestação de substituição ou maternidade substitutiva, ou ainda como é conhecida, barriga de aluguel, ocorre quando uma mulher possibilita que o filho de outro casal seja gerado pelo seu ventre, sendo o material fornecido pelo próprio casal ou

[10] Art. 42. "É vedado ao médico praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pelalegislação";
Art. 43. "É vedado ao médico descumprir legislação específica nos casos de transplantes deórgãos e tecidos, esterilização, fecundação artificial ou abortamento";

por terceiros ou pela própria mulher que cedeu o seu útero para gerar as crianças.[11]

Não se trata de opção ou comodidade, entretanto, mas sim da única forma de realização do projeto parenteral, pois para se chegar a essa decisão, a mulher certamente não tem como gerar uma criança no próprio útero e várias podem ser as causas: o fato de não ter útero, anomalias uterinas, alterações morfológicas que impedem a gravidez, doenças graves com alto risco de morte da gestante (doenças cardíacas, pulmonares e renais) ou situações que provoquem o aborto natural.[12]

Essa técnica garante a realização do casal ou da pessoa de ter um filho, todavia a gestação ocorre no útero de uma terceira pessoa. Letícia Carla Baptista Rosa destaca que a técnica pode ocorrer de duas formas: gestacional ou tradicional. Na primeira, não existem laços consanguíneos entre a mãe substitutiva e a criança, pois o embrião é formado com o óvulo da mãe biológica, que por algum motivo não pode engravidar, e o sêmen do pai. Na segunda a mãe/barriga de aluguel será a mãe genética da criança, pois seu óvulo foi extraído e fecundado com o esperma do pai.[13]

> Maria Helena Diniz vai além e sustenta que a criança poderá ter até"(...) três pais e três mães, ou melhor, mãe e pai genéticos (os doadores do óvulo e do sêmen), mãe e pai biológicos (a que gestou em seu ventre e seu marido) e mãe e pai institucionais (os que encomendaram a clínica)(...)[14]".

Art. 68. "É vedado ao médico praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam deinteiro acordo e devidamente esclarecido sobre o problema"

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução 2.121/2015 editou as algumas normas para a gestação de substituição:

'As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira'.

A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros; A

[11] FERRAZ, Sérgio. Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução. Porto Alegre: Editora Sete Mares, 1991. P.57.
[12] MORAES, Carlos Alexandre.2019.
[13] ROSA, Letícia Carla Baptista.
[14] DINIZ, Maria Helena.2001.

cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial; Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente, dentre outras exigências previstas na Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Devemos destacar que o Código Civil de 2002, sobre o direito de família nada dispõe no tocante à maternidade, nem muito menos o Estatuto da Criança e do Adolescente possui dispositivos sobre referida matéria. Presume-se de que quem dá à luz é a mãe, apesar da ausência de um dispositivo que determine expressamente esta regra[15]. Enfatizando ainda o inciso II, em que se exige o registro do recém- nascido e de sua mãe (aqui só podendo ser interpretado como aquela que dá à luz) no momento do parto, inclusive para evitar que os bebês sejam trocados e outros problemas de identificação. Todavia, não há nenhuma preocupação com a possibilidade de que a parturiente não seja a mãe genética da criança e de que tenha havido um consentimento antecipado desta, em razão de uma gestação de substituição.

O Código Civil de 2002, cuidou apenas da determinação da paternidade, possuindo apenas artigo específico para casos em que a criança nasce a partir de técnicas de reprodução assistida, mas somente no que diz respeito a quem é o pai, nada relacionado com à maternidade[16] .

## 3.5 FERTILIZAÇÃO *POST MORTEM*

A reprodução assistida *post mortem* será homóloga quando é utilizado o sêmen do próprio marido ou companheiro, e heteróloga se o material genético for de terceiro doador.

Segundo Carlos Alexandre Moraes, "A inseminação in vitro *post mortem*

[15] Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: I – manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; II – identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; III – proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais; IV – fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato; V – manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

[16] 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

*homóloga* pode ocorrer de duas formas: quando se utiliza o sêmen do marido ou companheiro falecido para a concretização do projeto parental e quando a implantação de embriões que foram produzidos em laboratório com o sêmen criopreservado para esse fim é colhido antes da morte do marido ou companheiro. Quanto aos óvulos da mulher, o sistema é o mesmo: eles podem ser retirados e preservados antes do óbito, ou o embrião pode ser formado com material genético de ambos falecidos. O mais comum é a inseminação post mortem relacionada ao pai."[17]

Ocorre também omissão do legislador, quando se trata de fertilização *in vitro post mortem*, pois o concebido após a morte de seu genitor só é amparado pelo Código Civil na matéria de Direito das Famílias. Não existe nenhuma lei específica que trate dessa matéria tão relevante. Afirma assim Silvio de SalvoVenosa[18]:

"O Código Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador.

A fertilização *in vitro post mortem* está sobre bastante influência ao estudo de direitos sucessórios. Pois a criança ao nascer não tem direito à herança do seu pai por ter nascido de forma não natural e após a morte de seu genitor."

Uma das correntes doutrinárias quanto a inseminação *post mortem* no Brasil, entende ser esta permitida, uma vez que a legislação não a proíbe, além de existir liberdade para a procriação[19]. O planejamento familiar é realizado quando seus idealizadores estão vivos, sendo que seus efeitos podem ser produzidos mesmo com a morte de um ou de ambos. Os reveses da vida não podem ser obstáculos para um projeto exequível, tornando-o impossível por circunstâncias inevitáveis, já que a biomedicina possibilita a realização do projeto parental mesmo após a morte de seusidealizadores[20]

Fica evidente que o uso dessa técnica de inseminação gera conflito de princípios, pois se de um lado tem-se o princípio do planejamento familiar, segundo o qual a pessoa pode usar das técnicas de reprodução humana para realizar o projeto parental, do outro estão os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem. Assim, as decisões envolvendo menores de idade

[17] MORAES, Carlos Alexandre. 2019.
[18] VENOSA, Silvio de Salvo. 2011.
[19] REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. 2012.
[20] ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de.2005.

devem ser tomadas considerando o que for melhor para criança e evitando colocar em risco o seu desenvolvimento.

## 3.6 EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Maria Helena Diniz entende que o embrião possui personalidade jurídica formal, concernente aos direitos da personalidade, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, passando a ser titular de direitos patrimoniais[21].

É de conhecimento que pela técnica de reprodução humana assistida na modalidade fertilização in vitro, regra geral, vários óvulos são fecundados com o intuito de gerar o máximo possível de embriões, para posteriormente ser escolhido aquele ou aqueles que serão transferidos para o útero. Nem todos os embriões produzidos são considerados viáveis, e a legislação brasileira permite a transferência de no máximo quatro embriões, para evitar a gestação múltipla e, consequentemente, a redução embrionária ou o aborto, além de outras complicações possíveis. Os embriões excedentários são, portanto, embriões considerados perfeitos e viáveis para serem transferidos para o útero e que por algum motivo não foram utilizados[22].

A possibilidade de doação desses embriões excedentários, se torna uma ação solidária, já que pode ajudar outras pessoas a realizar seu projeto parental e ainda como a própria Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança) autoriza, em seu artigo 5º a utilização de células-tronco excedentárias para fins de pesquisa e terapia.

Todavia, nota-se que o assunto é polêmico de ser tratado, e o ordenamento jurídico, como estamos visualizando no decorrer deste artigo, deixou diversas lacunas quando trata de fertilização humana.

# 4 RESPONSABILIDADE CIVIL

## 4.1 RESPOSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO E ESTABELECIMENTOS DE

[21] DINIZ, Maria Helena. 2002.

[22] MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos pais na Reprodução Humana Assistida. São Paulo:Editora Método, 2019. P.88.

Como o serviço de Reprodução Humana Assistida oferecido pelos profissionais médicos e estabelecimentos, é bastante personalizado, pessoal e para pessoas determinadas, isto é, dependendo de casal para casal, de pessoa para pessoa, não devendo ser determinado por contrato de adesão, pelo contrário, devem ser serviços negociados e individualizados, de acordo com a necessidade específica e da verificação da causa da infertilidade, visando a melhor via de tratamento para cada caso específico.

A responsabilidade civil do médico, como profissional liberal que aparece elencada no código de defesa do consumidor em seu artigo 14, parágrafo quarto, "A responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa"., entendendo que, embora também sejam prestadores de serviços, não seria razoável que a responsabilidade subjetiva desses profissionais, seja a mesma a que são submetidos os estabelecimentos prestadores de serviço em massa e que trabalham mediante fornecimento em série de tais serviços, quase nunca considerando de forma específica e pessoal o destinatário do serviço.

Uma outra análise importante se refere à verificação de que o médico diante dos pacientes/clientes que o procuram para realizar seu projeto parental através da reprodução humana assistida, assume uma obrigação de meio e não de resultado, para que então seja possível a análise da culpa.

Segundo Cavalieri Filho, trata-se de obrigação de resultado "*aquela em que o profissional liberal assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento*"[23]. Esta se diferencia da atividade meio, ainda segundo o renomado autor, devido ao fato de que na obrigação de meio o profissional liberal apenas se obriga a colocar sua técnica, de maneira prudente e diligente, ou seja, seus conhecimentos adquiridos no estudo de sua profissão médica, e realizados com o devido cuidado, à disposição do paciente, visando um resultado, que seria a efetividade do tratamento e, no caso, a gravidez do casal, sem, entretanto,obrigar-se a tal resultado.

Levando em consideração que a justiça comum não pode, apreciar a questão de mérito ético-disciplinar que, legalmente, é da competência exclusiva dos Conselhos de Medicina segundo o artigo segundo, da lei 3.268/57:

[23] CAVALIERI FILHO, Sergio.2011.

> *"*O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República, e, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão edos que a exerçam legalmente."

As penalidades éticas são diferentes das penalidades civis, e que são distintas para os médicos que atuam como pessoa física daqueles que constituem pessoa jurídica, visto que os primeiros não estão sujeitos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, como explicaremos melhor a seguir.

## 4.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Para que as atividades humanas sejam englobadas pelo CDC, faz-se necessária a existência de uma relação consumerista, ponto de partida para que se aplique a lei. 8.078/90.[24]

A vida e a saúde, em si, não são bens de consumo, posto que não podem ser comparadas a nenhum produto que se possa adquirir em mercado de consumo, caracterizando-se por bens inalienáveis. De acordo com o entendimento de Felipe Braga Neto, ao declarar que "os profissionais liberais são fornecedores de serviços, sujeitos, portanto, à disciplina do CDC"[25].

Assim, o médico seria o fornecedor e o paciente consumidor, conforme o Código de Defesa do Consumidor:

> 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.

Se mostra então relevante a aplicação do CDC diante da relação contratual existente no caso da reprodução assistida, na proteção da parte hipossuficiente, que seria no caso o paciente, diante de médicos e estabelecimentos de saúde.

Lembrando que devemos aplicar o Código de Defesa do Consumidor sem, no

[24] BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. m
[25] BRAGA NETO, Felipe Peixoto. 2011.

entanto, excluir as outras fontes de direito, fazendo-se imprescindível um diálogo entre elas, de maneira harmônica.

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou gerar reflexões sobre os problemas jurídicos provenientes das questões ligadas às técnicas de Reprodução Humana Assistida no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nas lacunas deixadas pela legislação vigente. A problemática se verificou principalmente na concepção do filho por fertilização in vitro, inseminação artificial, fertilização *post mortem*, embriões excedentários, geração de substituição, frente à falta de leis específicas que tratam sobre as técnicas e procedimentos relacionados a estes métodosde Reprodução Humana Assistida.

Foi possível observar que o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o Código Civil, não acompanhou as aceleradas transformações da família brasileira no tocante ao planejamento familiar, principalmente no que tange às novas técnicas de reprodução humana assistida, havendo assim, somente resoluções do Conselho Federal de Medicina, sem força de lei, incompletas e cheias de lacunas.

Observamos que é de extrema importância que o princípio da dignidade da pessoa humana ampare os ajuizamentos com relação às novas técnicas de Reprodução Humana Assistida utilizadas pela sociedade, fazendo-se necessário que o Estado, frente à falta de leis, a lacuna, a incompletude das fontes existentes sobre
o tema e as consequência disto, avoque para si o papel institucional que lhe compete e sistematize o tratamento jurídico relacionado às técnicas de Reprodução Humana assistida no direito contemporâneo.

Entendemos que os desafios projetados para os juristas, no campo do desenvolvimento científico é enorme e que essencial encontrar critérios de responsabilização que reflitam princípios racionais de proteção à pessoa humana, sem, contudo, acompanhar o desenvolvimento da pesquisa científica e do progresso.

Assim, embora não exista Lei específica que trate sobre os métodos de reprodução assistida, as disposições genéricas do Código Civil Brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor devem ser aplicadas visando coibir não só as práticas de condutas irregulares e ilícitas dos prestadores de serviço, mas também, evitar o

enriquecimento sem causa dos pacientes que, muitas vezes frustrados pelo insucesso da gestação, veem no Poder Judiciário uma alternativa hábil a minimizar o seu "dano".

Depreende-se que o Código de Ética Médica e as Resoluções CFM, estabelecem uma normatização deontológica razoável, porém incompleta e cheia de lacunas com relação à novas biotecnologias, impedindo que os operadores do direito possam litigar de maneira correta e tragam segurança jurídica aos cidadãos de direito.

É de extrema importância, que haja políticas institucionais e regulamentação legal para disciplinar e permitir o uso de técnicas de reprodução humana assistida, de forma que tais procedimentos usando embriões, sirvam de maneira correta tanto para um planejamento familiar, como para uso em células tronco no combate às doenças, visando sempre a dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal.

Em síntese, entendemos que os médicos e os profissionais da área da saúde que lidam com tais técnicas de Reprodução Humana Assistida, frente à falta de leis específicas que abordem o tema, devem basear-se no senso ético e profissional para que não sejam alvejados por lides judiciais e responsabilizados na esfera cível e ainda neste viés, os profissionais do Direito devem partir dos princípios constitucionais básicos de respeito à dignidade da pessoa humana para gerar enfim segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. CÓDIGO CIVIL.

BRASIL, de 05 de outubro de 1988. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVADO BRASIL**

BRASIL, **Lei n0 8.974, de 5 de janeiro de 1995**. Regulamenta os incisos II e V do artigo 225 da Constituição Federal, estabelece normas para uso das técnicas de engenharia genética (...) prov. Diário Oficial da União, Brasília, p. 337, 6 jan.1995.Col.1.

BRASIL. **Resolução n0 1.358/92, de 11 de novembro de 1992**. Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial daRepública Federativa do Brasil, Brasília, n. 16053, p. 17, 12 nov. 1999. Seção I.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5: Direito de Família. 30.ed. São Paulo. Saraiva, 2015, p. 38.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação Artificial post mortem e seus reflexos no Direito de família e no Direito Sucessório**. 2017.

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. A fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica.**Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Os direitos humanos do concebido. Análise biojurídicas das técnicas de reprodução assistida**. Porto Alegre:

SOUZA, Janice Bonfiglio Santos et al. **A reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão**. 2012

VENOSA, Silvio de Salvo. *Apud* DELFIM, **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem***. São Paulo: Atlas, 2011, p. 08.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, **RESOLUÇÃO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.013/2013**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Publicada no D.O.U., Seção I, p. 119, 09/05/2013.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, **Portaria Nº 426/GM**, Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. Publicada em 22/03/2005. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm>. Acesso em: 01 mar. 2014.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, **Portaria Nº 388**. Publicada em 06/07/2005. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm>.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor**; à luz da jurisprudência do STJ. 7. Ed: Juspodivm, 2011, p. 85.

# ANÁLISE DAS CANDIDATURAS LARANJAS DE MULHERES NO PROCESSO ELEITORAL NO RIO GRANDE DO NORTE: ENTRE A IGUALDADE DE GÊNERONA POLÍTICA E O DIREITO FUNDAMENTAL A ELEIÇÕES LIVRES DE FRAUDES

Yuri Felipe Lima Damasceno Cortez de Medeiros[1]

Abraão Luiz Filgueira Lopes[2]

**RESUMO**

Diante do déficit da representatividade feminina na política brasileira, foi criada a cota de gênero nas eleições proporcionais, na qual estabelecia que cada partido ou coligação deve destinar pelo menos 30% de suas candidaturas ao gênero feminino, entretanto, mesmo com essa regra o número de candidatas do gênero continua baixíssimo, alcançando pouco mais que o mínimo exigido. Dessa forma, cumpre destacar que apenas a lei não é o suficiente para incentivar a candidatura feminina, longe disso, com a obrigatoriedade do preenchimento de cotas femininas, os partidos e coligações em vez de apoiar e incentivar mais candidatas, passaram a burlar está regra com candidaturas "laranjas", onde as representantes são registradas como candidatas, mas não participam efetivamente da campanha, não sendo candidatas de fato. Sendo assim, o presente trabalho objetiva analisar se tal proposta incentivou de fato a efetivação da participação feminina na política, passando por toda a sua história, desde suas origens até os dias atuais, evidenciando se a proposta que obriga a participação do gênero feminino nas campanhas realmente funciona ou se seriam necessários outros incentivos sociais que levassem representantes do gênero feminino a sua efetiva participação política por livre e espontânea vontade. Foi realizada pesquisa de caráter descritivo e exploratório, por meio da análise bibliográfica, documental, jurisprudencial e pesquisa de campo. Constatou-se que para o efetivo

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: yurifelipecortez@gmail.com.

[2] Professor Orientador do Curso Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: abraao.lopes@rrc.adv.br.

crescimento da participação feminina na política, se faz necessário o investimento em programas partidários de incentivo à participação das mulheres além da cota já estipulada por lei, sanando assim o déficit histórico de baixa representatividade feminina na política brasileira.

**Palavras-chave:** Cotas intrapartidárias de gênero. Representatividade feminina. Partidos. Coligações. Candidatura. Incentivo.

**ANALYSIS OF FAKE CANDIDATES OF WOMEN IN THE ELECTORAL PROCESSIN RIO GRANDE DO NORTE**: BETWEEN GENDER EQUALITY IN POLICY AND THE FUNDAMENTAL RIGHT FOR FRAUD-FREE ELECTIONS

## ABSTRACT

In the face of deficit in female representation in Brazilian politics, the gender quota was created in proportional elections, which establishes that each political party or coalition must allocate at least 30% of its candidacies to the female gender, however, even with this rule, the number of female candidates remains very low, reaching little more than the minimum required. Therefore, it must be noted that just the law is not enough to encourage female candidacy, on the contrary, with the obligation to fill in women's quotas, political parties and coalitions instead of supporting and encouraging more female candidates, they cheat this rule with fake candidates, where representatives are registered as candidates but they do not participate effectively in the campaign, not being candidates in fact. In this way, the present article pretends to analyze if this initiative has in fact encouraged the effective participation of women in politics, going through all its history, from its origins to the present day, showing if the proposal that compels the participation of women in campaigns really works or if it would be necessary other social incentives that would lead representatives of the female gender to their effective political participation by free and spontaneous desire. It was realized a descriptive and exploratory research, through bibliographical, documental, jurisprudential analysis and field research. It was verified that for the effective growth of female

participation in politics, it is necessary to invest in political party programs to encourage the participation of women in addition to the quota already stipulated by law solving the historical deficit of low female representation in Brazilian politics.

**Keywords:** Intraparty gender quotas. Female Representation. Political Parties. Coalitions. Candidacy. Incentive.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito ao voto é um dos direitos mais importantes da democracia, uma vez que está diretamente ligado ao exercício da cidadania das pessoas para que estas façam parte do processo político, elegendo seus representantes ou até mesmo se candidatando aos cargos políticos disponíveis. No entanto, durante muitos anos, apenas uma pequena parcela da população possuía acesso a este direito.

Desse modo, diversos grupos da sociedade brasileira eram excluídos da participação política, pois não tinham acesso a este direito básico fundamental que é o voto, pois eram impedidos de exercerem a sua cidadania de maneira cem por cento democrática, pois não tinham vez, voz ou qualquer chance de escolha sobre quem estaria no poder para representá-los nos próximos anos, sendo completamente excluídos de todo e qualquer processo político que existia no país. Um dos grupos prejudicados por tal conduta antidemocrática era justamente o das mulheres, de maneira que inviabilizava a existência de um(a) representante que defendesse os direitos da classe feminina.

Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo principal a realização de uma análise para averiguar se a criação da cota de gênero nas eleições proporcionais incentivou de fato a efetivação da participação feminina na política. Especificamente, será observado se: a) verificar se a proposta que obriga a participação do gênero feminino nas campanhas realmente funciona; b) observar se são necessários outros incentivos sociais que levem representantes do gênero feminino a sua efetiva participação política por livre e espontânea vontade.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa de caráter descritivo e exploratório, por meio da análise bibliográfica, documental, jurisprudencial e pesquisa de campo, com a

realização de entrevistas semiestruturadas com três mulheres que foram candidatas em eleições municipais.

Diante disso, este trabalho está dividido em seis tópicos, sendo o primeiro esta introdução. O segundo, trata da representatividade feminina no cenário atual. O terceiro versa acerca da participação política igualitária como pressuposto democrático, observando-se as leis que visam incentivar a participação feminina na política e as fraudes existentes em decorrência das cotas intrapartidárias de gênero. O quarto tópico aborda a opinião feminina diante do tema em questão, com os depoimentos coletados durante a pesquisa. Em seguida, está o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral do estado do Rio Grande do Norte sobre as fraudes com relação à lei das cotas de gênero na política. Por fim, está a conclusão deste trabalho, seguido das referências bibliográficas utilizadas.

## 2 DA REPRESENTATIVIDADE FEMININA NO CENÁRIO ATUAL

O direito ao voto feminino só veio a se tornar possível após muita luta, empenho e um trabalho coletivo desempenhado por grupos de mulheres que tinham interesse e faziam questão de fazerem parte dos processos políticos do país. A luta por esse direito despontou no país no final do século XIX, pois foi no ano de 1881, que foi realizada a reforma na legislação eleitoral do país com a promulgação da denominada "Lei Saraiva". Esta que trouxe grandes modificações para o sistema eleitoral do Brasil e, em seu artigo 4º, inciso X, veio a permitir que todo brasileiro com título científico pudesse votar, ou seja, liberando o voto também para as mulheres, porém só para aquelas que tivessem tal qualificação científica. Desse modo, a representatividade feminina continuaria completamente irrelevante, pois pouquíssimas mulheres possuíam o requisito determinado. Vejamos o trechoda Lei Saraiva:

> Decreto no 3.029, de 9 de janeiro de 1881
> Reforma a legislação eleitoral. – Lei Saraiva.
> Hei por bem Sanccionar e Mandar que se execute a seguinte Resolução da Assembléa Geral:
> Dos Eleitores
> Art. 2º E' eleitor todo cidadão brazileiro, nos termos dos arts. 6º, 91 e 92 da Constituição do Imperio, que tiver renda liquida annual não inferior a 200$ por bens de raiz, industria, commercio ou emprego.
> Art. 4º São considerados como tendo a renda legal, independentemente de prova:

> X. Os habilitados com diplomas scientificos ou litterarios de qualquer faculdade, academia, escola ou instituto nacional ou estrangeiro, legalmente reconhecidos.

Com a generalização proposta em lei de que "todo" brasileiro com título científico pudesse votar, a cientista Isabel de Souza Mattos aproveitou-se da oportunidade para exigir na Justiça o direito ao voto, mas não obteve sucesso. Portanto, a luta pela participação política continuava muito longe de se encerrar, já que a possibilidade que surgiu com a reforma eleitoral era apenas o começo de uma longa caminhada, visto que a luta das mulheres pelo direito ao voto gerou um crescimento ainda maior da causa, no começo do século XX, quando chegaram a surgir associações, instituições e até partidos em defesa dessa pauta. Um dos grandes exemplos disso foi a fundação do Partido Republicano Feminino, por Leolinda Daltro e Gilka Machado, em 1910. O principal objetivo do partido era mobilizar a sociedade em torno dos direitos políticos das mulheres, já que ambas as fundadoras sequer eram eleitoras, muito menos elegíveis.

No ano de 1920, uma das associações mais importantes para a causa foi fundada e, assim, surgiu a Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher (LEIM) que, posteriormente, veio a se tornar a Federação Brasileira para o Progresso Feminino (FBPF), filiada à International Woman Suffrage Aliance. Embora o estatuto da FBPF previsse a defesa de outros aspectos, o centro de sua luta foi o sufrágio feminino. Essa associação era liderada pela feminista Bertha Lutz, um dos grandes nomes na luta pela equiparação dos direitos de homens e mulheres no Brasil.

O engajamento das mulheres diante dessa causa fortaleceu o movimento e finalmente, na década de 1920, as primeiras conquistas começaram a ser percebidas, quando o estado do Rio Grande do Norte aprovou a Lei Estadual 660, de 25 de outubro de 1927, garantindo o direito de voto às mulheres. O feito ocorrido nas terras potiguares foi explorado pela Federação Brasileira pelo Progresso Feminino para que esse direito se estendesse às mulheres de todo o país.

Com a aprovação da lei no Rio Grande do Norte, a primeira mulher a exigir seu alistamento foi a professora Celina Guimarães, residente no município de Mossoró, sendo ela a primeira mulher a se alistar para voto tanto no Brasil como na América Latina. Também em terras potiguares, apenas um ano depois, a cidade de Lajes/RN teve como candidata Alzira Soriano, que concorria ao cargo de prefeito municipal.

Alzira não só foi candidata, como foi eleita com 60% dos votos, tomando posse em 1º de janeiro de 1929.

Porém, apesar dos avanços significativos que aconteceram no Rio Grande do Norte, o direito ao voto feminino só avançou no país anos depois, mais precisamente no ano de fevereiro de 1932, com a aprovação do Código Eleitoral (Decreto n.º 21.076). Esse Código estabeleceu normas para a padronização das eleições que seriam realizadas a partir daí, ficando estabelecido que o voto seria obrigatório e secreto, além de serem abolidas as restrições de gênero ao voto. Com isso, as mulheres conquistaram o direito de voto no Brasil, fazendo de nosso país o primeiro na América Latina a conceder o sufrágio para as mulheres.

A conquista do voto pelas mulheres após a elaboração do Código Eleitoral de 1932 pode ser percebida pelo Artigo 2º desse decreto, no qual se define quem pode votar "É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste código" (BRASIL, 1932).

Dessa forma, as mulheres tiveram as suas atividades políticas devidamente iniciadas e podiam votar desde que tivessem mais de 21 anos e fossem alfabetizadas. A partir do ano de 1934, o voto feminino passou a constar da Constituição promulgada naquele ano, estando presente inclusive nas constituições seguintes, e atualmente o voto é um direito assegurado a todo cidadão brasileiro, incluindo os analfabetos.

Apesar do exposto acima acerca dos esforços coletivos para que as mulheres passassem a participar de maneira efetiva em nosso cenário político, a sua representatividade ainda é mínima e muito abaixo do esperado nos dias de hoje, tendo em vista que representam uma pequena maioria da população brasileira (51,8%, em 2019), segundo dados do IBGE (2019), e representam 52,5% dos eleitores no Brasil, segundo dados do próprio cadastro eleitoral, sendo mais de 77 milhões de eleitoras em todo o Brasil em um total de 147,5 milhões de eleitores (TSE, 2020).

Mesmo correspondendo à maioria da população, o gênero feminino continua tento números inexpressivos na política, pois dos 557.407 pedidos de registro de candidatura que foram feitos junto ao Tribunal Superior Eleitoral nas eleições municipais no ano de 2020, apenas 33,6% desses candidatos representavam o gênero feminino (TSE 2020). Tais números são absurdamente inferiores quando comparados à porcentagem de mulheres na população, sendo importante salientar que muitas

dessas mulheres candidatas são apenas "laranjas" para o preenchimento das cotas intrapartidárias de gênero, assunto que será amplamente debatido em momento oportuno.

No ano de 2020, foram eleitas apenas 651 prefeitas (12,1%), contra 4.750 prefeitos (87,9%); já para as câmaras municipais, foram eleitas 9.196 vereadoras (16%), contra 48.265 vereadores (84%). A discrepância de gêneros é avassaladora quando colocada lado a lado, mas não impediu que houvesse uma grande conquista para as mulheres nas eleições de 2020, quando houve um aumento no número total de mulheres eleitas, com mais de 50% de candidatas ao cargo de prefeito e vice- prefeito, o que apesar de ser um grande avanço, não é o suficiente.

Nas últimas eleições gerais, que ocorreram no ano de 2018, apesar da nítida desproporção que ainda existe, houve grandes avanços rumo à igualdade de gênero no cenário da representação política brasileira. Com efeito, tivemos 290 eleitas para assumir os cargos em disputa, correspondendo a 16,20% do universo de 1.790 escolhidos, um crescimento de 5,10% com relação à eleição anterior (TSE, 2019).

Para a Câmara dos Deputados, em 2018, foram eleitas 77 parlamentares, um aumento de 51% em relação ao último pleito, quando foram escolhidas 51 mulheres para a casa. Já nas assembleias legislativas, foram eleitas 161 representantes, um crescimento de 41,2% em relação a 2014, quando foram escolhidas 114 mulheres para o cargo de deputada estadual. No Senado Federal, apenas sete mulheres foram eleitas, representando 13% dos parlamentares da casa (TSE, 2019).

Dessa forma, os números acima apresentados retratam a dura realidade da discrepância entre representatividade de gêneros no cenário político brasileiro, pois apesar do incentivo à participação feminina na política, isso não vem ocorrendo como o esperado. Basta colocar os números de representantes lado a lado para observar que, apesar da maioria feminina do eleitorado e da população brasileira, infelizmente a sua sub-representação no cenário eleitoral ainda se trata de uma realidade evidente, deixando diversas dúvidas e questionamentos quanto às iniciativas tomadas rumo ao incentivo feminino na participação política estarem corretos.

## 3 A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA IGUALITÁRIA COMO PRESSUPOSTO DEMOCRÁTICO

Inicialmente, é necessário conceituar a democracia para que se torne nítida a sua ligação direta com a importância da existência de representantes que se identifiquem com a maioria das classes existentes na sociedade, e não somente com algumas delas, visando a satisfação política de todos e não só de grupos em específico, pautando-se nisso a necessidade da igualdade.

O conceito de democracia é um debate que intriga diversos estudiosos da Ciência Política há séculos, ao se debruçarem sobre essa discussão. Robert Dahl (2001), em seu livro "Sobre a democracia", apresenta posicionamentos extremamente importantes para a teoria democrática contemporânea, evidenciando a exigência de que todos os cidadãos sejam considerados politicamente iguais como um princípio elementar de um governo democrático, ou seja, sob o amparo de que todos sejam tratados como se estivessem igualmente qualificados para participar do processo de tomada de decisões políticas.

De acordo com Dahl (2001), para que um governo possa estabelecer um processo democrático apto a satisfazer esse pressuposto, deve haver a observância de cinco critérios interdependentes. Os quatro primeiros determinam que os cidadãos devem ter oportunidades iguais e efetivas para: a) manifestar-se previamente acerca da adoção de uma política (participação efetiva); b) decidir sobre a adoção de uma política, devendo os votos ser contabilizados igualmente (igualdade de voto); c) aprender sobre políticas alternativas e suas consequências (entendimento esclarecido); d) decidir como e quais pautas devem ser colocadas no planejamento, possibilitando a revisão de políticas adotadas e a inclusão de novas (controle do programa de planejamento). O quinto determina que "Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos".

Dessa forma, podemos perceber que a democracia não é uma linha reta, pois é pautada em diversos e diferentes princípios, sendo necessário apenas entender que ela serve para permitir que o máximo possível de cidadãos participe do governo através do sufrágio universal. Sendo assim, torna-se nítida a necessidade da diversidade de representantes em nosso país, pois é com ela que conseguiremos atingir o sentimento popular de participação política ativa, o que claramente não

ocorre. Nesse sentido, a sub-representação feminina na política nacional tem sido objeto de constantes debates acadêmicos e proposições legislativas, com o principal objetivo de sanar esse déficit histórico existente, que põe o Brasil em posição vexatória quando se trata da representação feminina na política.

Exemplo disso é a pesquisa realizada pela União Interparlamentar (IPU), que trouxe dados de representação feminina no Congresso Nacional das Nações pondo o Brasil na posição 154ª dentre 188 analisadas. Em análise dos dados do TSE, Marilda Silveira (2019, p. 270) traz que nas circunscrições estaduais e municipais a situação não é diferente, tendo sido apenas de 11% a ocupação feminina das cadeiras de assembleias legislativas nas eleições 2014, enquanto no legislativo municipal o sexo feminino não passa dos 14%.

Nesse cenário, visando melhorar a diversidade de gêneros dos representantes, o próprio texto legal ordinário veio a contemplar previsão normativa no sentindo de minimizar a discrepante disparidade participativa entre gêneros no Brasil ao prever a "cota de gênero", estabelecendo que do número de candidaturas a serem lançadas pelo partido, observar-se-á o percentual mínimo de 30% para candidaturas do sexo minoritário, conforme literalidade do art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/1997[3] .

### 3.1 Das leis que "incentivam" a participação feminina na política

No ano de 1995, foi aprovada a Lei n° 9.100, estabelecendo o mínimo de 20% de candidaturas femininas para os cargos legislativos nas eleições municipais de 1996. Em 1997, essa lei foi substituída pela Lei n° 9.504, com o Código Eleitoral Brasileiro, que estabeleceu o mínimo de 25% para as candidaturas femininas nas eleições de 1998, elevado para 30% a partir das eleições municipais de 2000.

Já a Lei n° 12.034, aprovada em 2009, criou uma cota de 30% de candidaturas para mulheres. A norma obrigava que as candidaturas aos cargos proporcionais – deputado federal, estadual ou distrital e vereador – fossem preenchidas (e não apenas reservadas, como era antes) com o mínimo de 30% e o máximo de 70% de cidadãos de

[3] Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: [...] § 3o Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

cada sexo. Verificou-se, no entanto, que os partidos lançavam candidaturas de mulheres apenas para preencher a cota, sem investir em suas campanhas.

Por isso, para as Eleições Gerais de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Resolução TSE nº 23.553/2017, estabeleceu que os partidos políticos destinassem ao financiamento de campanhas de suas candidatas no mínimo 30% do total de recursos do Fundo Partidário utilizado nas campanhas eleitorais.

A norma determinou, ainda, que os recursos do Fundo Partidário teriam de ser aplicados

> na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total (TSE, 2017).

As determinações da Resolução nº 23.575/2018 foram implementadas após decisão tomada pelo TSE em maio, quando o Plenário da Corte confirmou que as agremiações partidárias deverão reservar pelo menos 30% dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), conhecido como Fundo Eleitoral, para financiar candidaturas femininas.

## 3.2 Das fraudes existentes em decorrência das cotas intrapartidárias de gênero

Como foi amplamente exposto anteriormente, as mulheres são historicamente excluídas da vida política, vindo a conquistar seus direitos políticos de forma bem mais tardia do que os homens. Contrariando os tempos passados, o cenário atual demonstra que a presença de mulheres na política tem ganhado nos últimos anos um lugar privilegiado no debate público, mas infelizmente a quantidade de mulheres no Poder Legislativo permanece significativamente menor em relação à de mulheres na sociedade**.**

Embora a Lei Eleitoral não preveja que a reserva do percentual mínimo será ocupada pelo sexo feminino, a prática eleitoral no Brasil, principalmente ao se tratar de eleições municipais, conduz inequivocamente a esta pressuposição. Portanto, trata-se de uma política afirmativa que busca a expansão da participação da mulher no processo eleitoral brasileiro.

No entanto, a referida "cota de gênero" implica grandes desafios e, dentre eles, está o que será analisado no presente artigo, qual seja: garantir que os diretórios partidários em vigência – inclusive os municipais – recebam verbas destinadas à promoção da participação da mulher na política e, de fato, impulsionem campanhas educativas nesse sentido.

Tendo em vista que o país convive com um déficit histórico da ínfima participação feminina no processo eleitoral, a mera exigência de percentual mínimo por gênero nas composições das chapas proporcionais está muito distante das ações partidárias que estimulem essa participação. Assim, o que realmente ocorre é que tal exigência termina por ocasionar uma verdadeira peça de teatro, pois temos visto atualmente a "obediência" da cota de gênero através do lançamento de candidaturas femininas "laranjas", simulando o alcance do percentual estabelecido em lei.

Para Manuela Nonô (2019, p. 311), uma das principais causas do insucesso das cotas de gênero seria o preenchimento fraudulento das vagas pelos partidos políticos. Ao que tudo indica, o contexto das enganosas candidaturas femininas está inserido em um cenário de consequência à inexistência de políticas partidárias contínuas que incentivem, de fato, a participação feminina, o que é exposto no deficitário sistema de repasse das verbas as agremiações estaduais e municipais para que seus diretórios promovam as respectivas ações de incentivo.

É evidente que o percentual mínimo exigido pela lei eleitoral é muito aquém do necessário para alcançar o objetivo da norma. Na prática, e não raramente, sequer há qualquer recebimento de verba do Fundo Partidário pelos diretórios municipais, sendo importante destacar que muitos destes diretórios só aparecem em anos eleitorais.

No sentido de contribuir com a efetiva participação da mulher na política, e não tão somente no processo eleitoral, o retorno das doações por pessoas jurídicas ganha extrema relevância ao soar como alternativa de arrecadação aos diretórios partidários estaduais e municipais para arcar com o financiamento de programas de incentivo a essa participação, semeando uma base para colher o crescimento do quantitativo de mulheres políticas.

Nesse sentido, ainda que o Tribunal Superior Eleitoral se posicione de forma rígida diante da eventual tentativa de fraudar a cota de gênero, impondo aos partidos a

sanção de indeferimento do DRAP, ocasionando a cassação de todos os diplomas, o fato é que a efetiva participação feminina na política está muito mais ligada à atuação de programas partidários de incentivo do que ao direito eleitoral sancionador.

Relembra-se que não é possível caracterizar-se candidaturas como "laranjas" pela mera ausência de votos dados a candidatas, porquanto o recebimento de votos não é exigível a nenhum candidato, ao passo que o não recebimento será mero indício de fraude. Quanto ao tema proposto, o ex-ministro do TSE, Henrique Neves (2019), deixa claro que "ninguém pode ser considerado culpado por seu nome, suas ideias e propostas não terem sido aceitas pelo eleitorado. O que define a falsidade, nesse caso, é a inexistência da campanha eleitoral".

Hoje se observa o crescimento de lides eleitorais com o objetivo de analisar eventuais candidaturas femininas "laranjas"; logo mais os diretórios partidários estarão a burlar os critérios adotados pela justiça eleitoral a identificar candidaturas "laranjas" e teremos, então, não apenas candidatas "laranjas" como também propagandas eleitorais "laranjas", prestações de contas "laranjas", eleitores "laranjas" (aqueles que votaram em determinada candidata para maquiar a fraude), etc.

Assim, embora de suma importância para o crescimento da participação feminina no processo eleitoral, a ação afirmativa de cota de gênero prevista no art. 10, §3º, da Lei das Eleições, e suas respectivas sanções correspondentes, são insuficientes para a efetiva participação das mulheres na política. A própria Manuela Nonô (2019, p. 305), não obstante ponderar a relevância da cota de gênero, destaca: "Da instituição das cotas até hoje, o aumento no número de candidaturas femininas foi muito maior que o do número de eleitas, que teve crescimento praticamente imperceptível".

Portanto, faz-se necessário, para o efetivo crescimento da participação feminina na política, que o déficit histórico de baixa representatividade seja sanado com o investimento em programas partidários de incentivo à participação das mulheres.

## 4 DA OPINIÃO FEMININA DIANTE DO TEMA EM QUESTÃO

Diante do polêmico tema em questão, algumas representantes políticas do Estado do Rio Grande do Norte emitiram opinião sobre as cotas intrapartidárias de

gênero e qual seria a solução para que se resolva ou pelo menos se amenize a quantidade de candidaturas laranjas femininas nas eleições.

A primeira a opinar sobre o tema foi Francisca Soares da Silva, conhecida como "Peba Soares", atual vice-prefeita da cidade de Ielmo Marinho/RN:

> Eu sou Francisca Soares, conhecida como Peba. Exerci dois mandatos de vereadora em Ielmo Marinho e hoje estou como vice-prefeita pelo segundo mandato. Entrei na política por vontade própria e vejo que as mulheres temem muito em lançar o seu nome, pois escuto muitos relatos em meu dia a dia dizendo que tenho muita coragem em ser candidata. Agora, para que não exista candidatura laranja, acho que deveria ser eliminada a cota partidária e deixar livre, além de incentivar as mulheres, incentivo através dos partidos, priorizar as mulheres, criar grupos femininos, lançar ações comunitárias... Isso não só no período eleitoral, mas sim no dia a dia, fazendo o social, que é muito importante. Então eu acredito que a solução seria um grande incentivo para as mulheres procurarem por livre e espontânea vontade partidos para lançarem as suas candidaturas, para que não tenha que ser feito por obrigação, por exigência ou por lei (SILVA, 2021, informação verbal).

Também opinando sobre o tema, Marianna Almeida Nascimento, atual prefeita da cidade de Pau dos Ferros/RN:

> Meu nome é Marianna, eu estou prefeita de Pau dos Ferros/RN, a cidade mais importante da nossa região, a região do Alto Oeste Potiguar, onde temos ao todo 37 (trinta e sete) municípios que fazem parte dessa região e pra mim é com muito orgulho que assumi essa função de prefeita hoje, e fui a primeira mulher eleita prefeita do nosso município, então assim, é um marco muito grande na minha vida, mas também na vida de todas as mulheres que acabam me vendo até como fonte de inspiração. Então assim, eu acho que as cotas de gênero acaba precisando ter, porque nesse mundo da política predominantemente é bem mais ocupado por homens, já participei de reuniões em Brasília onde tinham cerca de 30 (trinta) prefeitos homens e somente eu de mulher, as vezes a gente até acaba perdendo até a fala porque todos eles ficam naquele "negócio" exaltados, discutindo... Mas a gente precisa sim manter nosso posicionamento, precisamos ter um papel de destaque onde a gente tá, então eu acredito que essa forma de obrigar que existam essas cotas de gênero é uma forma de realmente resguardar os espaços que podem ser ocupados por mulheres, os espaços femininos, então eu acredito que é, que não deixa de ser uma forma de incentivo nesse sentido, mas acredito que mais do que nunca precisa de uma política mais intensa para que evite essas candidaturas laranjas, no sentido de incentivo, para que as mulheres participem na política, para que as mulheres vejam que a política não é mais aquele espaço somente de homem. O lugar da mulher é exatamente onde ela quiser estar e na política é um desses locais que precisa de fato da mão feminina para gerir os municípios, então acredito que com o incentivo, com determinadas estratégias para incentivar a participação da mulher no cenário político local, a qualificação de mulheres em determinados curso de liderança para que adquiram habilidades para atuação nos espaços públicos, nos espaços políticos, acho que é mais ou menos por ai, acho que não é só disponibilizar a cota, mas sim ter instrumentos para que as mulheres ocupem essa cota e não seja apenas para cumprir uma obrigação eleitoral,

> seja por vontade própria né?! Por ter abertura para fazer determinadas contribuições no cenário político, acho que vai por aí, bem nesse sentido de que a coisa funciona dessa forma, sempre visualizando a possibilidade de manter sempre as mulheres em qualificação, em especializações, em incentivos... com propagandas bacanas nas mídias, acho que todo esse tipo de trabalho precisa ser exercido o quanto antes para que mais mulheres ocupem locais de destaque na nossa política local (NASCIMENTO, 2021, informação verbal).

No mesmo teor das representantes anteriores, a atual prefeita do município de Ielmo Marinho/RN, Rossane Marques Lima Patriota, opinou o seguinte:

> Primeiramente, sobre as cotas intrapartidárias de gênero. O caminho das cotas, ele torna mais rápido que as mulheres cresçam nos cargos público, talvez para compensar tantos anos de limitações, de preconceitos, que infelizmente hoje ainda existe. Mas as mulheres vem a cada ano mais célere conquistando o seu espaço. Já para que se resolva o problema das candidaturas laranjas femininas, no meu ponto de vista seria uma fiscalização mais rigorosa, mais eficaz e uma punição severa aos partidos que não cumprirem a lei (PATRIOTA, 2021, informação verbal).

## 5 DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESTADO DORIO GRANDE DO NORTE

Com os inúmeros casos de candidaturas laranjas femininas, principalmente nas eleições proporcionais, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Norte (TRE) passou a julgar diversas Ações e Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) tratando do abuso de poder político/autoridade, com foco nas corrupções/fraudes das cotas intrapartidárias de gênero, o que é gerado pelas candidaturas laranjas femininas para o preenchimento das cotas de gênero.

As sentenças, em sua maioria, versam sobre o reconhecimento da prática do abuso de poder, consubstanciada na fraude à norma constante no artigo 10, § 3°, da Lei n° 9.504/1997 (cota de gênero), caracterizadas por candidaturas femininas consideradas fictícias. A consequência dessas sentenças de reconhecimento à fraude de gênero é tornar SEM EFEITO o Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP) do partido, que lançou as candidaturas fantasmas, determinando tanto a ANULAÇÃO DOS VOTOS recebidos pela legenda no sistema proporcional das Eleições Municipais, como também, em ato reflexo, a CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS de MANDATOS ELETIVOS dos eleitos e suplentes e a retotalização do quociente eleitoral e diplomação dos novos eleitos.

De forma resumida, as candidaturas que se configuram, de fato, como laranjas, levam literalmente todo o investimento feito pelo partido na campanha a se perder, uma vez que as sentenças cassam as chapas com candidaturas fantasmas por completo, pois os votos estão sendo anulados por legenda e não apenas os votos da candidata fantasma, de forma que prejudica todos os candidatos e não só o que tentou burlar a legislação.

Para que melhor seja compreendido o entendimento majoritário do TRE, o parecer da Procuradoria do TRE nos autos do processo nº 0600001-19.2021.6.20.0006, especifica alguns detalhes para que se configure a candidatura laranja, fraudando as cotas de gênero:

> EMENTA: ELEITORAL. ELEIÇÕES 2020. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. RECURSO. ALEGAÇÃO DE FRAUDE À COTA DE GÊNERO. CANDIDATURAS FEMININAS SIMULADAS. É ASSENTE O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO SENTIDO DE QUE NÃO DEVEM SER CASSADOS MANDATOS ELETIVOS QUANDO NÃO SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO O PROPÓSITO PREVIAMENTE DELIBERADO DE FRAUDAR A REGRA QUE EXIGE A RESERVA DE VAGAS POR GÊNERO NO REGISTRO DE CANDIDATURAS. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA NA ESPÉCIE PARA DEMONSTRAR O ACERTO PRÉVIO ENTRE O PARTIDO E O(S) CANDIDATO(S). PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO.

De início, logo na ementa citada acima já podemos perceber que não é tão simples que seja acatada a AIME alegando o abuso de poder por fraude às cotas gênero, é necessário prova robusta para que a cassação da chapa fraudadora se concretize.

A AIME acima citada encontra-se em trâmite na 6ª Zona Eleitoral, em Ceará-Mirim/RN, em face dos candidatos ao cargo de vereador pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), nas eleições daquele município, em 2020, imputando-lhes a prática de fraude em razão do lançamento de duas candidaturas supostamente fictícias.

Após tramitação regular do feito em primeira instância, em dissonância com o parecer do Ministério Público Eleitoral (MPE) oficiante na primeira instância, o juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados, reconhecendo a prática de abuso de poder consubstanciada na fraude à norma constante no artigo 10, §3°, da Lei n° 9.504/1997 (cota de gênero), perpetrada pelas duas impugnadas que concorreram com candidaturas consideradas fictícias pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) de Ceará-Mirim nas eleições municipais de 2020.

Além disso, assim como já citado acima, também tornou sem efeito o Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP) do PSB de Ceará-Mirim e determinar tanto a ANULAÇÃO DOS VOTOS recebidos por essa legenda no sistema proporcional das eleições municipais de 2020, conforme preconizado pelos artigos 222 e 237, ambos do Código Eleitoral, como também, em ato reflexo, determinar a CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS de MANDATOS ELETIVOS dos eleitos e suplentes, ordenando, ainda, a necessária atualização nos sistemas CAND/SISTOT.

Porém, como já citado acima, são necessárias provas robustas para que se concretize a cassação do mandato por candidaturas fictícias; portanto, o parecer da Procuradoria constatou que as provas produzidas não evidenciavam a fraude em questão, pois, não há prova na espécie a indicar o dolo de fraudar as eleições.

Dessa forma, os elementos indicativos dos fatos alegados como fraudulentos não apontam, com a segurança que se exige nesses casos, que as candidatas tenham perpetrado efetivamente a infração ao disposto no art. 10, § 3.º, da Lei n.º 9.504/1997, cuja transgressão, segundo assentado pelo Tribunal Superior Eleitoral, exige prova robusta, "a denotar o incontroverso objetivo de burlar o mínimo de isonomia entre homens e mulheres que o legislador pretendeu assegurar (...)" (TSE. RO-El -Agravo Regimental no Recurso Ordinário Eleitoral nº 060169322 –Porto Velho/RO, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 22/04/2021).

Em casos como esse, impositiva a demonstração de que o ardil perpetrado, normalmente precedente à fase de registro de candidatura e da campanha eleitoral, seja voltado ao mero preenchimento formal da cota. No caso acima retratado, durante o trâmite processual as candidatas obtiveram êxito em comprovar seu interesse no lançamento de suas candidaturas, bem como a participação em atos políticos partidários e a confecção de material de campanha.

As candidatas provaram junto à prestação de contas acostadas aos autos que houve movimentação financeira de recursos por ambas as candidatas, sobretudo dispêndio com materiais de campanha, conforme revelam as notas fiscais apresentadas, emitidas durante o curso da campanha eleitoral. Além disso, juntaram imagens de “santinhos” e *bottons.*

Nesse sentido, o parecer do TRE deixa evidente a existência de candidaturas fictícias cadastradas no DRAP simplesmente para burlar as cotas de gênero, porém,

elenca uma série de fatores necessários para que realmente seja comprovada a candidatura laranja, mas mesmo com todos os fatores necessários, ainda assim, não são poucas as chapas cassadas por burlarem as cotas intrapartidárias de gênero.

Nos autos do processo nº 0600001-93.2021.6.20.0046, em trâmite perante a 46ª Zona Eleitoral de Ceará Mirim/RN, em caso semelhante foram feitas as seguintes constatações durante o trâmite processual:

> EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL – AIJE. VEREADORES. ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2020. ALEGAÇÃO DE FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97. "CANDIDATURAS FICTÍCIAS". PARÂMETROS DEFINIDOS PELO TSE. LEADING CASE DO RESPE 193-92/PI. PRESENÇA DE PROVAS ROBUSTAS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDICIONAMENTO À PROVA CATEGÓRICA DE CONLUIO PRÉVIO. ENTENDIMENTO QUE ANIQUILA OS VALORES OBJETIVOS DA NECESSIDADE DE TUTELA DAS PRÓPRIAS COTAS DE GÊNERO. CANDIDATURAS COM VOTAÇÃO INEXPRESSIVA. AUSÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DE RECURSOS NAS PRESTAÇÕES DE CONTAS. CANDIDATURA SEM POTENCIAL DE DEFERIMENTO. DESISTÊNCIA QUE PRECISA SER COMPATIBILIZADA COM OS IDEAIS NORMATIVOS. INTERPRETAÇÃO QUE O PERCENTUAL SÓ SE FAZ NECESSÁRIO QUANDO DO DRAP INVIABILIZA MUDANÇAS. FRAUDE RECONHECIDA. ROBUSTEZ DAS PROVAS CONSIDERADAS. ANULAÇÃO DOS VOTOS. CASSAÇÃO DOS MANDATOS DOS ELEITOS E SUPLENTES. INELEGIBILIDADE POR OITO ANOS RESTRITA AOS PARTICIPANTES DIRETOS DA FRAUDE. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS QUE SE IMPÕE (AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (11526) Nº 0600001-19.2021.6.20.0006 / 006ª ZONA ELEITORAL DE CEARÁ-MIRIM RN).

Nesse caso, há indícios gritantes de fraude de candidatura do sexo feminino de duas candidatas, em que uma delas sequer possuía domicílio eleitoral no município para o qual se candidatara, tampouco tempo mínimo de filiação partidária, não tendo sequer recorrido da sentença de indeferimento de seu registro de candidatura. Por outro lado, a outra candidata fictícia renunciou à candidatura logo após o deferimento do DRAP sem que o partido tivesse providenciado sua substituição, quando podia fazê-lo, o que é indício suficiente para evidenciar a sua candidatura fraudulenta.

Além destas, mais duas candidatas femininas da chapa do PSDB obtiveram votações inexpressivas (poucos votos) em relação ao total de votos obtidos pelos candidatos do sexo masculino da mesma chapa, bem como não realizaram atos de campanha para si, mas tão somente pediram votos para o candidato ao cargo majoritário, tendo suas contas de campanha sido apresentadas à Justiça Eleitoral sem movimentação financeira, fatos que, analisados em conjunto, caracterizariam indícios fortes de fraude em suas candidaturas.

Em sua fundamentação, a sentença traz uma colocação fundamental para que se torne ainda mais evidente a função dos partidos dentro do cenário político, influenciado inclusive no incentivo à candidaturas femininas e outros quesitos que levam a ações como esta, vejamos:

> Terceiro: os partidos e coligações políticos, infelizmente, são utilizados com fins meramente eleitoreiros, ou seja, suas estruturas formais e jurídicas, na maioria dos casos, só servem para assegurar ou manter privilégios pessoais de alguns de seus integrantes, sem que haja qualquer interesse realmente partidário e com isso os abusos de poder ficam mais fáceis de serem praticados, já que a falta de uma ideologia partidária na acepção da palavra faz com que haja todo tipo de acomodação e muitas vezes, através dessas entidades, é que se cometem muitas das ilegalidades que viciam o processo eleitoral e tal fato não será também olvidado em nenhum dos julgamentos a nós submetidos (AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (11526) Nº 0600001-19.2021.6.20.0006 / 006ª ZONA ELEITORAL DE CEARÁ-MIRIM RN).

A colocação feita pelo juiz é de extrema importância para que se escancare a falta de incentivo, conforme já foi abordado neste artigo, uma das funções do partido é incentivar e investir na candidatura feminina, o que nitidamente não ocorre, e os partidos nas vésperas das eleições terminam por levar mulheres a serem candidatas no "laço", sem que exista um preparo ou sequer um incentivo para isso.

Ao final da fundamentação, é feita outra importantíssima observação acerca da igualdade de gênero dentro do meio político, no que se refere à vontade dos homens que comandam os partidos em predominar no partido, sem que exista uma concorrência com o gênero feminino. Vejamos:

> Quinto e último dentro da particularidade desse julgamento, na qual infelizmente podemos claramente deduzir que o contexto geral trazido só potencializa a realidade de que os homens querem continuar a sua predominância no meio político, pois infelizmente os avanços legais para que a igualdade de gênero se faça representar efetivamente na conquista de mandatos foram incipientes, justamente porque na mesma pegada, os que comandam os partidos, maioria esmagadora por homens, não só continuam burlando as regras, bem como não estimulam substancialmente que as mulheres possam efetivamente concorrer, pelo contrário, as induzem a participar das fraudes, o que evidentemente, quando devidamente comprovado, não pode ser tolerado, devendo ser aplicada a sanção a todos, tudo com escopo de que possamos avançar nessa política legal estabelecida e que esperamos que no futuro se consolide (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (11526) Nº 0600001-19.2021.6.20.0006 / 006ª Zona Eleitoral de Ceará-Mirim RN).

Além de tudo isso, a sentença também traz o *leading case* que estabeleceu os marcos hermenêuticos que serviram para nortear a análise dos fatos e das provas nos casos de candidaturas fictícias, tendo o Tribunal Superior Eleitoral a oportunidade de se debruçar sobre o tema ao analisar o Recurso Especial Eleitoral nº 193-92/PI (Dje 04/10/2019), de relatoria do Ministro Jorge Mussi, caso emblemático do município de Valença, no Estado do Piauí. Vejamos, a seguir, a ementa do referido Acórdão e seus

principais pontos que guardam relação com o caso concreto:

> RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2016. VEREADORES. PREFEITO. VICE-PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ART. 22 DA LC 64/90. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97. [...] TEMA DE FUNDO. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97. ROBUSTEZ. GRAVIDADE. AFRONTA. GARANTIA FUNDAMENTAL. ISONOMIA. HOMENS E MULHERES. ART.
> 5º, I, DA CF/88. 4. A fraude na cota de gênero de candidaturas representa afronta à isonomia entre homens e mulheres que o legislador pretendeu assegurar no art. 10, § 30, da Lei 9.504/97 - a partir dos ditames constitucionais relativos à igualdade, ao pluralismo político, à cidadania e à dignidade da pessoa humana - e **a prova de sua ocorrência deve ser robusta e levar em conta a soma das circunstâncias fáticas do caso, o que se demonstrou na espécie**. 5. A **extrema semelhança dos registros nas contas de campanha de cinco candidatas - tipos de despesa, valores, data de emissão das notas e até mesmo a sequência numérica destas - denota claros indícios de maquiagem contábil**. A essa circunstância, de caráter indiciário, somam-se diversos elementos específicos. 6. A fraude em duas candidaturas da Coligação Compromisso com Valença 1 e em três da Coligação Compromisso com Valença II revela- se, ademais, da seguinte forma: a) lvaltânia Nogueira e Maria Eugênia de Sousa **disputaram o mesmo cargo, pela mesma coligação, com familiares próximos (esposo e filho), sem nenhuma notícia de animosidade política entre eles**, sem que elas realizassem **despesas com material de propaganda** e com ambas atuando em prol da campanha daqueles, obtendo cada uma apenas um voto; b) **Maria Neide da Silva sequer compareceu às urnas e não realizou gastos com publicidade**; c) **Magally da Silva votou e ainda assim não recebeu votos, e, além disso, apesar de alegar ter sido acometida por enfermidade, registrou gastos**
> **– inclusive com recursos próprios – em data posterior**; d) Geórgia Lima, com apenas dois votos, é reincidente em **disputar cargo eletivo apenas para preencher a cota e usufruir licença remunerada do serviço público**. [...] (Recurso Especial Eleitoral n° 19392, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 193, Data 04/10/2019, Página 105/107).

O julgamento desse processo representou significativa mudança de paradigma e estabeleceu diretrizes para toda a Justiça Eleitoral, uma vez que essa questão, por demais complexa, ainda não havia sido examinada com a devidaprofundidade.

De acordo com a diretriz firmada pelo TSE, para fins de configuração de fraude à cota de gênero que conduza à cassação de mandatos, a prova de sua ocorrência deve ser robusta e levar em conta a soma das circunstâncias fáticas do caso. A decisão também apontou algumas circunstâncias fáticas consideradas aptas a caracterizar a fraude: a) disputa entre candidatos com parentesco entre si na mesma coligação sem notícia de animosidade entres eles; b) indícios de maquiagem contábil, com extrema semelhança entre os registros das contas de campanha das candidatas; c) votação zerada; d) disputar cargo eletivo apenas para preencher a cota e usufruir licença

remunerada do serviço público.

Por fim, diante das circunstâncias fáticas acolhidas pelo entendimento majoritário do TSE, ficou constatado nos autos do caso na 46ª Zona de Eleitoral de Ceará-Mirim o seguinte:

> Desconsiderando toda argumentação ora desenvolvida em torno da fraude discutida, embora esse não seja o propósito, é fato inconteste que o percentual mínimo da cota de gênero, prevista no art. 10,§3º da Lei nº 9.504/1997, fora cumprido no momento do julgamento do DRAP, mas não encontrava-se atendido no dia da eleição, já que, a Urna Eletrônica contava com menos de 30% de candidaturas do sexo feminino do partido Investigado - PSDB, o que representou, como ora defendido, em patente transgressão da norma prevista no art. 10,§3º da Lei nº 9.504/1997; 2) As votações das candidatas do sexo feminino foram inexpressivas, pífias em relação a dos demais candidatos do sexo masculino da mesma legenda; 3) As prestações de contas das candidatas do sexo feminino apresentaram-se sem movimentação de recursos e/ou doações estimáveis; 4) O motivo que ensejou o indeferimento do registro de candidatura de ANA KARLA DE SÁ, qual seja, ausência de domicílio eleitoral no município de Taipu, e a ausência de recurso da decisão de indeferimento do seu RCAN, demonstram que a candidatura da mesma foi "fabricada" com intuito exclusivo de preenchimento da cota de candidaturas do sexo feminino. 5) Não houve, em momento algum do conjunto probatório, prova efetiva de que as candidatas impugnadas realizaram campanha eleitoral; 6) O santinho da candidata Investigada, ANA KARLA DE SÁ, juntado aos autos (ID nº 84483068), com fins de se comprovar a realização de campanha eleitoral pela mesma, não merece ser reconhecido como prova desse fato, por duas razões: a uma, porque não houve registros da confecção desse material na prestação de contas da Investigada; a dois, porque, suposto uso do material, seja impresso ou não, não fora confirmado pelos demais Investigados em juízo, o que pode denotar até sua elaboração para fins de iludir o presente processo; 7) É irrelevante perquirir, *in casu*, o motivo da renúncia da candidata NÁDIA FERNANDA LIMA DE ALMEIDA, para fins de se concluir pela fraude, já que o somatório dos outros elementos de provas são suficientes para tanto. (Recurso Eleitoral nº 0600001- 19.2021.6.20.0006. Recorrente: Aderbal Pereira de Araújo Filho e outros. Recorrido: Jácio Luiz da Silva Cruz. Relatora: Juíza Adriana Cavalcanti. Natal/RN, 21 de Outubro de 2021).

As circunstâncias apontadas acima, analisadas em conjunto, são mais que suficientes para atestar a não observância da regra prevista no art. 10, §3º da Lei nº 9.504/1997, no dia da eleição, e, ao mesmo tempo, comprovar a fraude perpetrada pelas impugnadas em benefício do seu partido.

No presente caso, em decorrência lógica dos fatos e com base nas provas obtidas, foi concluído que as impugnadas participaram da convenção somente para validar seu consentimento e dar ares de legalidade às suas candidaturas, uma vez que não consta sua participação em outros atos de campanha do partido, como carreatas, caminhadas, visitas e passeatas, corriqueiras em qualquer campanha eleitoral.

Tampouco fizeram propaganda na internet, meio mais utilizado no pleito de 2020, em razão da pandemia.

Portanto, diante do exposto na sentença, fundamentado no artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar n° 64/1990, foi julgado procedente o pedido formulado em tal Ação de Impugnação de Mandato Eletivo para o fim de:

> a) reconhecer a prática de abuso de poder, consubstanciada na fraude à norma constante no artigo 10, § 3°, da Lei n.° 9.504/1997 (cota de gênero), perpetrada pelas impugnadas ANA KARLA DE SÁ, FRANCISCA ZULEIDE DO NASCIMENTO SILVA e MARIA DE FÁTIMA TEIXEIRA DE OLIVEIRA, que concorreram com candidaturas consideradas fictícias pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB de Taipu/RN nas Eleições Municipais de 2020; b) Tornar sem efeito o Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários - DRAP do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB de Taipu/RN e determinar tanto a ANULAÇÃO DOS VOTOS recebidos por esta legenda no sistema proporcional das Eleições Municipais de 2020, conforme preconizado pelos artigos 222 e 237, ambos do Código Eleitoral, como também, em ato reflexo, determinar a CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS de MANDATOS ELETIVOS dos eleitos e suplentes, ordenando, ainda, a necessária atualização nos sistemas CAND/SISTOT, a fim de melhor refletir o teor desta decisão. (Recurso Eleitoral nº 0600001-19.2021.6.20.0006. Recorrente: Aderbal Pereira de Araújo Filho e outros. Recorrido: Jácio Luiz da Silva Cruz. Relatora: Juíza Adriana Cavalcanti. Natal/RN, 21 de Outubro de 2021).

## 6 CONCLUSÃO

A partir do tema pesquisado, podemos perceber que este assume um caráter relevante na medida em que se trata de um novel instituto jurídico que evidentemente ainda não está acomodado na jurisprudência eleitoral. Encontrar uma solução para o problema não é fácil, mas certamente a solução passa um importante trabalho de conscientização da mulher sobre o seu importante papel na política.

A lei eleitoral em vigor tratou de conceder incentivos financeiros obrigatórios às cotas de gênero, principalmente para as candidaturas femininas. Entretanto, não regrou a distribuição entre as candidatas, deixando na mão dos partidos a obrigatoriedade do gasto com a cota feminina, mas sem que exista uma obrigação de repartição do dinheiro de forma igualitária entre todas as candidaturas da cota de gênero. Isso permite que o comando partidário possa escolher e direcionar o dinheiro da cota partidária para essa ou aquela candidatura feminina, prejudicando outras.

Ouvidas as candidatas femininas eleitas e citadas acima, a que detém um maior

número de mandatos, sendo dois mandatos de vereadora e dois de vice- prefeita em Ielmo Marinho/RN, Peba Soares, apresentou a melhor solução para minorar o efeito de candidaturas laranjas, consistente num trabalho de conscientização das mulheres não somente no ano eleitoral, mas em período contínuo.

O trabalho de conscientização das candidaturas femininas deve ser constante para que as mulheres se sintam estimuladas e encorajadas a trabalhar, com antecedência, a possibilidade de candidatura, principalmente aquelas mulheres que ocupam posições de muito contato com o povo, como as representantes comunitárias, as agentes de saúde, as enfermeiras, as professoras, as atendentes etc. Enfim, a saída é conscientizar as mulheres, bem antes do período eleitoral, do direito que elas têm, dos incentivos financeiros para candidatura, da real chance de vitória, enfim, fazer um trabalho didático de encorajamento das mulheres, a ser realizado de forma obrigatória pelos partidos políticos sob a coordenação da Justiça Eleitoral.

## REFERÊNCIAS

AVELAR, Lúcia. Mulher e política: o mito da igualdade. **Social Democracia Brasileira**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 40-54, mar. 2002.

BRASIL. Decreto nº 8213, de 13 de agosto de 1881. Regula a execução da Lei nº 3029 de 9 de jan. do corrente ano que reformou a legislação eleitoral. **Coleçãodas Leis do Império do Brazil**, Rio de Jan., v. 2, p. 854-923. 1881. Disponívelem: https://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/lei-saraiva. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº** 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acessoem: 20 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.100**, de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de out. de 1996, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9100.htm.Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.034**, de 29 de set. de 2009. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de set. de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de set. de 1997,que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

COELHO, Leila Machado; BAPTISTA, Marisa. A história da inserção política da mulher no Brasil: uma trajetória do espaço privado ao público. **Revista Psicologia Política**, v. 9, n.17, São Paulo, junho 2009.
CORRÊA, Jean. As pioneiras que abriram o caminho para as mulheres na política brasileira. **Exame**, 21 de abril de 2019. Disponível em: https://exame.com/brasil/as-pioneiras-que-abriram-o-caminho-para-as-mulheres-na-politica-brasileira. Acesso em: 28 out. 2021.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Unb, 2001

DOCUMENTÁRIO. **Participação feminina na política**. Direção de Jusciane Matos. Produção TV JUSTIÇA. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=VY8UWet_rYU. Acesso em: 19 set. 2021.

HAHNER, June E. **A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas**: 1850-1937. (Maria Thereza P. de Almeida e Heitor Ferreira da Costa, trad.). São Paulo: Brasiliense, 1981.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Quantidade de homens e mulheres**. Brasília, IBGE, 2019. Disponível em: https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de- homens-mulheres.html#:~:text=Segundo%20dados%20da%20PNAD%20Cont%C3%ADnu,51%2C8%25%20de%20mulheres. Acesso em: 28 out. 2021.

NASCIMENTO, Marianna Almeida. **Entrevista 1** [outubro. 2021]. Entrevistador: Yuri Felipe Lima Damasceno Cortez de Medeiros. Natal, 2021. 1 arquivo .mp3 (4.08 min.).

NONÔ, Manuela. **Fraude em DRAPS dos percentuais mínimos de cota de gênero**. *In*: CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (coord.) Reforma Política e DireitoEleitoral Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2019.

O QUE é democracia? **Politize!**, 05 de janeiro de 2017. Disponível em: https://www.politize.com.br/democracia-o-que-e/?. Acesso em: 18 out. 2021.

PATRIOTA, Rossane Marques Lima Patriota. **Entrevista 2** [outubro. 2021]. Entrevistador: Yuri Felipe Lima Damasceno Cortez de Medeiros. Natal, 2021. 1 arquivo .mp3 (1 min.).

PORFÍRIO, Francisco. Democracia. **Brasil Escola**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/democracia.htm. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO Grande do Norte. Tribunal Regional Eleitoral. **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo nº 0600001-93.2021.6.20.0046**. Impugnante: Partido dos Trabalhadores. Impugnado: Partido Social Democracia Brasileira. Magistrado: José Herval Sampaio Junior. Ceará Mirim, 24 de outubro de 2021.

RIO Grande do Norte. Tribunal Regional Eleitoral. **Recurso Eleitoral nº 0600001-19.2021.6.20.0006**. Recorrente: Aderbal Pereira de Araújo Filho e outros. Recorrido: Jácio Luiz da Silva Cruz. Relatora: Juíza Adriana Cavalcanti. Natal/RN, 21 de outubro de 2021.

RIO Grande do Norte. Tribunal Regional Eleitoral. **Recurso Eleitoral nº 0600541-10.2020.6.20.0004**. Recorrente: Daniel Araújo Valencia e outro. Recorrido: Ana Maria Figueiredo Formiga e outros. Relator: Juiz Fernando de Araújo Jales Costa.

SILVA, Daniel Neves. Voto feminino no Brasil. **Brasil Escola**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/historiab/voto-feminino-no-brasil.htm. Acesso em: 19set. 2021.

SILVA, Francisca Soares da. **Entrevista 3** [setembro. 2021]. Entrevistador: Yuri Felipe Lima Damasceno Cortez de Medeiros. Natal, 2021. 1 arquivo .mp3 (1.36 min.).

TSE – TRIBUNAL Superior Eleitoral, Assessoria de Comunicação. **Mulheres representam apenas 12% dos prefeitos eleitos no 1º turno das Eleições 2020.** Brasília, 24 de novembro de 2020. Disponível em: https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Novembro/mulheres-representam- apenas-12-dos-prefeitos-eleitos-no-1o-turno-das-eleicoes-2020. Acesso em: 19 set.2021.

TSE – TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, Assessoria de Comunicação. **Númerode mulheres eleitas em 2018 cresce 52,6% em relação a 2014.** Brasília: TSE, 2019. Disponível em: https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014. Acesso em: 19 set. 2021.

TSE – TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, Secretaria de Modernização, Gestão Estratégica e Socioambiental. **Estatísticas Eleitorais.** Brasília: TSE, 2020. Disponível em: https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais.Acesso em: 19 set. 2021.

TSE – TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Representação Feminina na Política**: Informações selecionadas. Brasília: TSE, 2020. Disponível em: https://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/representacao-feminina-final.pdf. Acesso em: 19 set. 2021.

# AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS JOGOS À CONCILIAÇÃO TRABALHISTA

Maria Júlia Pereira Galvão[1]
Andréa de Andrade Fernandes[2]

**RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo expor quais as contribuições da Teoria dos Jogos à conciliação trabalhista, definindo o que seria a Teoria dos Jogos, a Conciliação Trabalhista, relacionando os conceitos e analisando o papel dos sindicatos na análise da paridade de armas necessária à conciliação na Justiça do Trabalho. Para tanto, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, porque partiu-se da hipótese de que é possível aplicar a Teoria dos Jogos à Conciliação Trabalhista, usando, para obter essa resposta, os métodos de procedimento descritivo, a fim de definir a Teoria dos Jogos e a Conciliação Trabalhista, e o comparativo, pois após delimitar os institutos, comparou-se um e outro, explicando porque podem ser aplicados no cotidiano juslaboral. Para executar os objetivos, foi feito uso da pesquisa bibliográfica, por meio de publicações de teses e artigos de pesquisadores da área, e da pesquisa documental, a partir de registros primários e secundários. Como resultados, é possível dizer que a teoria dos jogos é um ramo que envolve várias ciências, permitindo diversas visões sobre o comportamento humano. Seu objetivo é estudar as relações entre dois ou mais agentes os quais se envolvem estrategicamente em situações de interdependência, que no caso seria uma conciliação trabalhista, em busca da melhor solução para ambos. Nesse sentido, há forte respaldo legal e jurisprudencial para a implementação nos Tribunais desse método alternativo de resolução de disputas. Com isso, objetivando o acordo ideal, surge a figura dos sindicatos como forma de resguardar os interesses e garantir os direitos dos trabalhadores, muitas vezes em situações desfavoráveis em relação ao seu empregador. Assim, a teoria dos jogos contribui com a eficácia da conciliação trabalhista por levar as partes a pensarem o conflito de forma coletiva, e não individual, gerando, dessa forma, soluções mais

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.
[2] Professora Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

harmônicas, ganhos mútuos, valorização e manutenção das relações e, por fim, desafogando o Poder Judiciário.

**Palavras-Chave:** Teoria dos Jogos. Conciliação. Direito do Trabalho. Paridade de Armas. Sindicato.

**ABSTRACT**

This work's purpose is to expose what the contributions of Game Theory to labor settlement are, defining what would be Game Theory and Labor Settlement, making connections and analyzing the role of unions in the analysis of the level playing field required to settlements at Labor Courts. For such, we used the Hypothetico-deductive approach model, as we started out of the hypothesis that it is possible to apply Game Theory to Labor Settlement using, to obtain that answer, the descriptive procedure methods, to define Game Theory and Labor Settlement, and the comparative, as after delimiting the institutes, one was compared to the other, explaining why they may be applied on labor courts daily activities. To reach the objectives, we performed bibliographical research, through thesis and research papers' publications in the field, and document research, from the primary and secondary registrations. As results, it is possible to say that Game Theory is a branch that involves several sciences, allowing many views on human behavior. Its goal is to study the relationships between two or more agents which engage strategically in interdependence situations, which would be a labor settlement, seeking the best resolution for both parties. In this sense, there is a strong legal and precedent support for this alternative method of dispute settlement's implementation in Courts. With that, aiming for the ideal agreement, unions arise as a form of safeguarding the workers' interests and ensuring their rights, often in unfavorable situation in relation to their employer. Thus, game theory has contributed to the effectiveness of labor settlement by making the parties think the conflict collectively, not individually, thus generating more harmonic solutions, mutual gains, appreciation and maintenance of relationships and, therefore, unburdening the Court System.

**Keywords:** Game Theory. Settlement. Labor Law. Level Playing Field. Union.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho de conclusão de curso é “Quais as contribuições da teoria dos jogos à conciliação trabalhista”, e sua importância se dá pois a Teoria dos Jogos é um ramo que envolve várias ciências, como a matemática, economia, o direito e as ciências sociais, trazendo, dessa forma, diversas visões sobre o comportamento humano, principalmente quando estes se encontram em situações de conflito, no caso, o trabalhista.

Então, a importância do estudo da conciliação trabalhista aplicada à teoria dos jogos está em demonstrar a eficiência da racionalidade dos participantes durante o momento da proposta conciliatória. Isso porque a parte que, previamente, estudar as atitudes do seu oponente, aumenta suas chances de conseguir uma boa solução para o conflito, pois permite um maior poder de barganha.

Diante disso, busca-se combater o aumento excessivo de demandas judiciais, por meio da aplicação de métodos, os quais são, em grande parte, de resolução negociada, como forma de melhor solucioná-las, seja de forma definitiva, ou mesmo preventiva, já que reivindica-se tanto ao Judiciário saídas mais harmônicas e resolutivas para os problemas e conflitos sociais.

Dessa forma, analisa-se como a teoria dos jogos, a qual busca estudar a racionalidade de jogadores diante de um jogo, pode auxiliar a conciliação trabalhista a alcançar melhores resultados e assim combater as altas demandas processuais suportadas pelo Judiciário Trabalhista.

Nesse sentido, o objetivo geral é identificar quais contribuições a Teoria dos Jogos pode fornecer ao processo conciliatório. Já os objetivos específicos são definir que é a Teoria dos Jogos e a Conciliação Trabalhista, relacionar a Teoria dos Jogos à Conciliação Trabalhista e por fim analisar o papel dos sindicatos na análise da paridade de armas necessária à conciliação.

Quanto ao método de abordagem utilizado para alcançar o objetivo geral, foi usado o hipotético-dedutivo, porque partiu-se da hipótese de que é possível aplicar a teoria dos jogos à conciliação trabalhista.

Já os métodos de procedimento usados para atingir os objetivos específicos foram o descritivo, tendo em vista que descreveu-se as características da Teoria dos

Jogos e da Conciliação no âmbito do Direito do Trabalho, e comparativo, porque após descrever os institutos houve a comparação de ambos a fim de mostrar que é possível aplicar um ao outro.

Como técnicas de pesquisa, foi empregada a pesquisa bibliográfica, por meio de publicações de teses e artigos de pesquisadores da área, e a documental, por meio de registros primários e secundários.

O primeiro capítulo do trabalho é dedicado ao estudo da teoria dos jogos, que teve como um dos precursores o matemático francês Émile Borel, abordando seu conceito, desenvolvimento, importância, aplicações e desafios atuais.

Em seguida, o segundo capítulo foi destinado à conciliação, trazendo à tona sua definição como meio autocompositivo de resolução de disputas, bem como o forte respaldo legal e incentivo jurisprudencial dado a ela no contexto da justiça do trabalho.

Já o terceiro capítulo discorre sobre o papel dos sindicatos, como entidade cujo objetivo é resguardar os interesses e garantir os direitos dos trabalhadores sindicalizados, na análise da paridade de armas necessária à conciliação, haja vista que na maioria das vezes empregado e empregador se encontram em desigualdade econômica, intelectual e de influência.

Por fim, o quarto e último capítulo trata-se das atualidade e perspectivas no que diz respeito às contribuições da teoria dos jogos na conciliação trabalhista, apresentando seus avanços, melhorias, mas também seus impasses e desafios a serem superados em busca de alcançar cada vez mais processos negociados, partes satisfeitas e uma justiça realmente efetiva e apaziguadora.

## 2. A TEORIA DOS JOGOS

A teoria dos jogos pode ser definida como um ramo matemático que estuda as possibilidades de ações individuais existentes diante de determinado jogo, levando em consideração as possíveis ações individuais dos demais jogadores, para que, com isso, todos eles possam escolher sua melhor estratégia coletivamente.

Define Tavares (2012, p. 10 e 11, *apud* Vitale e Silva 2017, p. 3 e 4) que seria uma análise quantitativa de uma situação envolvendo duas pessoas, ao menos, com a finalidade de indicar qual a melhor atitude a ser tomada para alcançar o melhor resultado, e levando em conta que cada um dos adversários também estão pensando o

mesmo.

No mesmo sentido assenta Marinho (2011, p. 41, *apud* Vitale e Silva, 2017, p.4), quando define a teoria dos jogos como sendo um método matemático cujo objetivo é estudar de maneira metódica os processos de tomada de decisão de indivíduos os quais reconhecem sua interação mútua e querem se determinar a partir disso, ou seja, nas palavras dele, é um método "do tipo que você pensa o que eu penso sobre você mesmo".

Então, o conceito desse método envolve fazer escolhas coerentes com as possibilidades concretas em busca de um denominador comum que atenda a interesses de ambas as partes. Isso implica em conhecer seu adversário e suas estratégias de jogo.

Os primeiros estudos acerca da teoria em estudo remontam ao século XVII, mas é somente no século XX, mais precisamente após a Primeira Guerra Mundial, que há seu desenvolvimento, porque foi quando alguns matemáticos passaram a estudar os jogos de maneira cientifica, como foi o caso de Blase Pascal e Pierre Fermat, os quais desenvolveram a Teoria da Probabilidade nos Jogos de Azar, pioneira na origem dos jogos.

Assim, de acordo com Vitale e Silva (2017) um dos primeiros estudiosos na área foi Émile Borel, cujo destaque se dá porque a partir de observações feitas no jogo de pôquer, especialmente quanto à questão do blefe, ele constatou que o jogador precisa basear a sua jogada conforme a expectativa de jogada de seu adversário, demonstrando assim a possibilidade de se encontrar uma estratégia a qual levaria o jogador a ganhar. Sendo assim, a melhor jogada seria aquela que leva em consideração a estratégia de ambos os *players* e não apenas um.

Segundo Viégas (2016, pag. 8), essa teoria ficou conhecida principalmente a partir de 1944, quando houve a publicação do trabalho de John Von Neumann e Oskar Morgenstern, denominado *The Theory of Games and Economic Behavior* (Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico). A partir de então, Anatol Rapoport, cofundador do *Journal of Conflict Resolution*, vendo o potencial do trabalho, passou a aplicar amplamente essa ideia na resolução de conflitos.

Já em 1950, foi formulado o problema do "Dilema do Prisioneiro", possivelmente o mais conhecido da Teria dos Jogos, que buscou exemplificar a análise de certos tipos de jogos bem como definir a melhor estratégia a ser tomada diante do

caso concreto.

O dilema consista em dois suspeitos, A e B, que foram presos pela polícia em selas separadas e a eles foram feitas as seguintes propostas: Se um dos dois confessar e o outro permanecer em silêncio, quem confessou é liberto e quem silenciou é condenado em 20 anos. Se ambos silenciarem, cada um cumprirá 5 anos de prisão. Porém, eles sabem que se ambos confessarem, cumprirão apenas 1 anosde sentença.

Esse exemplo criado é um típico problema a ser resolvido pela Teoria dos Jogos, porque as duas pessoas deverão analisar não apenas o melhor para si, mas também o que a outra pode estar pensando e escolhendo, para, com isso, tomar sua decisão, sob pena de, ao invés de se beneficiar, se prejudicar.

Depois disso, outros estudiosos se debruçaram sobre o assunto, como os expoentes John F. Nash, John C. Harsanyi, Reinhard Selten, Robert J. Aumann, Thomas C. Schelling, entre outros.

John Forbes Nash Jr. foi um matemático norte-americano de destaque no século XX, a quem vale dar uma especial atenção por se mostrar inovador, especialmente ao lançar o artigo *'Non-Cooperative Games'* (Jogos Não- Cooperativos), no ano de 1951, e definir modelos de jogos mais amplos do que os de soma zero (nos quais um dos jogadores ganha e o outro necessariamente perde), como os jogos de soma positiva (quando todos ganham), motivo pelo qual ganhou o Prêmio Nobel da Economia em 1994, incentivando mais ainda o reconhecimento mundial da teoria.

A partir desse artigo, disse Vitale e Silva[3], ele definiu um modelo de jogo mais abrangente que aqueles anteriormente elaborados por Neumann e Morgenstern, rompendo com o paradigma da economia discutido por eles inicialmente e trazendo a ideia de cooperação como possibilidade de maximizar ganhos individuais, já que antes era visto sob a perspectiva da competição. Por isso a ideia de Nash foi considerada tão revolucionária, pois ele mostrou um novo horizonte para a Teoria dos Jogos.

Dessa forma, ainda segundo Vitale (2017), Nash formulou a noção de equilíbrio, que posteriormente veio a ganhar seu nome (Equilíbrio de Nash), e é uma combinação de estratégias as quais os jogadores devem escolher, de maneira que nenhum deles faria melhor se escolhesse outra alternativa, levando em consideração a estratégia tomada pelo outro, ou seja, não há motivos para se arrepender ao analisar

[3] VITALE, Carla Maria Franco Lameira. SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Aplicação da Teoria dos Jogos na Mediação de Conflitos: o Equilíbrio de Nash como Estratégia de Maximização de Ganhos. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 94-110 maio 2017.

posteriormente a situação porque a decisão foi tomada de maneira racional e tática.

Isso mostra que o equilíbrio consiste em ser sensato ao ponto de não pensar apenas em seus próprios anseios, mas também nos anseios alheios, pois isso lhe dará uma melhor solução individualmente.

Assim, a partir desses conceitos, esse método passou a ser aplicado ao longo dos anos e hoje em dia é possível encontrar a aplicação dele no direito, na administração, na ciência política, biológica, na matemática e demais ciências exatas, entre outros ramos nos quais exista relações entre dois ou mais agentes que se envolvem estrategicamente em situações de interdependência buscando potencializar seus ganhos individuais.

Especificamente no ramo do direito, sobre o qual será falado, é possível a aplicação dessa teoria nos mais diversos ramos, pois em todos eles há um processo, que seria o jogo, com regras claras e preestabelecidas, formado por pelo menos duas partes, jogadores, as quais devem adotar estratégias e ações para poderem ganhar, isto é, obterem o melhor resultado possível.

Assim, de acordo com a ideia de Roberta Resende, tendo em vista que o jogo é uma convenção e suas regras também o são, ele seria da mesma forma um sistema de regras, assim como o Direito. Ela termina seu texto citando Gregório Robles, autor do livro *As Regras do Direito e as Regras dos Jogos,* quando diz: "tanto os jogos quanto os sistemas normativos são entes convencionais dirigidos à ação humana".

A partir disso, cientes da realidade e comungando do pensamento de Iocohama e Silva[4], fica claro o grande desafio da teoria dos jogos: o egoísmo intrínseco dos indivíduos de acreditam ser o melhor resultado apenas o que é mais favorável para si, pensamento nem sempre satisfatório na busca de um bom resultado para o conflito existente como um todo.

Max Stirner (2016, *apud* Iocohama e Silva, 2016, p. 11), ao fundamentar o egoísmo, mostra que a realização pessoal de cada pessoa está na satisfação de seu egoísmo, seja por instinto, ou seja, inconscientemente, e nesse caso permeia nela a esperança de isso a tornar feliz, pois não consegue alcançar o sentido de suas atitudes, ou mesmo consciente de suas ações e capaz de se determinar diante delas, algo bem mais preocupante.

[4] IOCOHAMA, Celso Hiroshi. SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. A conciliação Trabalhista sob a perspectiva da Teoria dos Jogos. In: Formas Consensuais de solução de conflitos II, 25., 2016, Curitiba. Florianópolis/SC. **Anais do XXV Congresso Nacional do CONPEDI.** Curitiba: CONPEDI/UNICURITIBA, 2016. p. 1-21.

Dessa forma, percebemos que há um grande percurso a ser caminhado até se ter a efetiva aplicação dessa teoria, pois envolve mudança de pensamento e comportamento de uma sociedade que tem intrínseca a busca pela satisfação de vontades pessoais.

## 3. A CONCILIAÇÃO

Segundo Salgado (2009), a etimologia da palavra "conciliar" vem do latim *conciliare*, que significa harmonizar, adaptar, ajustar, reconciliar. Assim, ela é uma forma de resolução de conflito de natureza não contenciosa, isto é, não há litígio, com caráter voluntário, ou seja, as partes optam pela conciliação ou não, além de ser informal, por não seguir todos os trâmites processuais, e confidencial, todas características inerentes a esse instituto.

Nele, as partes interagem para alcançar um acordo final com a ajuda de um terceiro, imparcial e estranho ao conflito, responsável por analisar o caso, apresentar o problema e seus desdobramentos, ouvir e orientar as partes, formulando e apresentando propostas a fim de facilitar o acordo e explicitando as vantagens de se conciliarem, as quais são das mais diversas ordens.

Essa maneira de solução do conflito se torna interessante porque vai até a raiz do problema como forma de resolvê-lo em suas mais variadas perspectivas, porque como disse Goulart (2013, p. 17), uma coisa é o conflito "processado", e outra é o conflito "real", ou seja, o problema trazido pelas partes difere do verdadeiro problema, que por vezes vai além daquele.

De modo geral, em termos de previsão legal, a autora supracitada lembra que no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 pode ser encontrado, dentre outras informações, a de que o Estado Democrático irá assegurar a justiça com a solução pacífica das controvérsias.

Assim, apesar de seu caráter apenas informativo, o preâmbulo se mostra como uma orientação na hora de interpretar as normas que o seguem, corroborando ainda mais com a ideia de aplicar métodos alternativos de solução pacífica de conflitos.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de igual maneira, observando a necessidade de fortalecer mecanismos negociais de solução de conflitos, editou a

Resolução n° 125/10, alterada pela Emenda n° 2, de 2016.

Tal emenda trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, como a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, que no âmbito da Justiça do Trabalho, foram criados, instalados e estão em funcionamento nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT's) por meio dos Núcleos e/ou Centros de Conciliação.

Os Núcleos e/ou Centros de Conciliação, conforme dispõe a Resolução do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) nº 174, de 30 de setembro de 2016, vêm desenvolvendo e incentivando a adoção de uma cultura conciliatória entre os membros dos próprios Tribunais e entre as partes em busca de desafogar os órgãos judiciais e dar mais efetividade às decisões emanadas por eles.

Da mesma forma, o CSJT também editou o Ato Conjunto TST.CSJT.GP Nº 9/2016, o qual instituiu a Comissão Nacional de Promoção à Conciliação, que busca o fomento da conciliação como uma política pública judiciária, seja através do fomento e divulgação de boas práticas conciliatórias (art. 2º, II), de sugestão de mecanismos de aperfeiçoamento de controle de dados estatísticos (art. 2º, V), dentre outras ações, buscando sempre o êxito do sistema.

Outra normativa importante é o Ato n° 168/TST.GP, de 4 de abril de 2016, que dispôs sobre os pedidos de mediação e conciliação pré-processual de conflitos coletivos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, o qual se dará, de modo geral quando as relações jurídicas forem passíveis de submissão a dissídio coletivo de natureza econômica, jurídica ou de greve.

A Recomendação do CSJT.GVP N° 02/2020, por sua vez, é bastante atual por prorrogar a vigência da Recomendação CSJT.GVP n. 01/2020, cujo objetivo foi tratar da adoção de diretrizes excepcionais para o emprego da mediação e conciliação de conflitos individuais e coletivos em fase processual e pré-processual por meios eletrônicos e videoconferência no contexto da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19).

Por meio dela, ficou recomendado aos magistrados do trabalho, especialmente aqueles em exercício nos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (NUPEMEC-JT) e nos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSC-JT) de 1º e de 2º graus, assim como aqueles na atuação em regime de plantão judiciário, a mediação e a

conciliação de conflitos que envolvam a preservação da saúde e segurança do trabalho em serviços públicos e atividades essenciais (art. 1º, I), assim como o apoio direto das entidades sindicais das categorias profissionais e econômicas envolvidas (art. II), além de outras diretrizes.

No que diz respeito aos NUPEMEC-JT, de acordo com o Ato GP/VPA nº 08/2019, eles são responsáveis por coordenar todas as atividades centralizadas de conciliação e mediação afetas aos dissídios individuais (art. 2º), desenvolvendo a política judiciária de adoção dos métodos de mediação e conciliação, seja promovendo a capacitação dos magistrados e servidores por meio de cursos de formação sobre o assunto, seja incentivando estudos e pesquisas acerca da matéria, conforme aduz o artigo 6º do Ato.

A eles estão vinculados e hierarquicamente subordinados os CEJUSC-JT (art. 5º, parágrafo único), unidades judiciárias autônomas que concentram a realização das sessões de conciliação e mediação nas 1ª e 2ª instâncias por magistrados ou servidores do Tribunal designados para tal fim, assim como também atuam nas audiências dos processos de homologação de acordos extrajudiciais (HTE), de acordocom o art. 7º, III.

Igualmente, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê o instituto da conciliação desde a sua redação original, em 1943, quando estabeleceu em seu artigo 764, *caput*, que os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação, ou seja, é uma premissa para o início de um processo trabalhista.

A partir de todas essas normativas acima expostas, percebemos a conciliação amplamente alicerçada na Justiça do Trabalho, que, percebendo a eficiência do método na busca de melhores soluções para os conflitos, dedica-se a fomentá-lo cada vez mais, principalmente no contexto atual da pandemia do COVID-19, pois diante da situação excepcional, que atingiu em cheio a economia do mundo, inevitavelmente acabou gerando muitos problemas entre empregados e empregadores.

## 3.1 A CONCILIAÇÃO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DECONFLITOS

A conciliação é uma espécie de autocomposição, que por sua vez compõe o grupo dos três métodos alternativos de resolução de conflitos: autotutela, autocomposição, heterocomposição.

Brevemente falando, a autotutela é caracterizada como o método pelo qual os próprios indivíduos impõem sua justiça. Por esse motivo, em regra é proibido no ordenamento jurídico brasileiro, mas abre-se exceções, como é o caso da legítima defesa, do exercício regular do direito e do estado de necessidade.

A heterocomposição, por sua vez, é quando um terceiro resolve o problema independentemente da vontade das partes, seja ele um árbitro, agente privado escolhido pelas partes, ou por meio do Estado-juiz.

Já a autocomposição, cuja definição nos interessa no momento, ocorre quando os próprios indivíduos conflitantes, por ato de vontade, dialogam por si mesmos, sem a interferência da jurisdição, e chegam a um acordo. Ela pode ser direta, envolvendo apenas as partes, ou indireta, envolvendo, além das partes, um terceiro facilitador do diálogo. Nesse sentido, encontramos a Mediação, Conciliação e Negociação, espécies autocompositivas.

Dessa forma, é importante diferenciar a conciliação, objeto do nosso estudo, da mediação, porque as duas são por vezes confundidas, porém existem diferenças significativas entre elas e é necessário percebermos as nuances para compreensão acerca do que se trata a conciliação.

Assim sendo, na mediação, a partir do entendimento de Salgado (2009), o mediador atuará de forma neutra, não podendo propor alternativas nem interferir na decisão a ser tomada pelas partes, enquanto na conciliação há uma maior intervenção do terceiro para "desarmar os espíritos", como leciona Neves (2021, p. 66), e levar as partes à formulação do acordo a partir do exercício de suas vontades.

Neves (2021) nos rememora que em comum a essas duas formas de resolução de conflitos é possível observar vários princípios destacados no art. 166 do CPC, como o da imparcialidade, por meio do qual o mediador/conciliador não deve atuar baseado em preferências ou preconceitos.

Além dele existe o princípio da confidencialidade, que impede o terceiro de propagar as informações para qualquer outro fim diverso daquele previsto pela vontade das partes, conforme dispõe o artigo mencionado acima, em seu § 1º, além de ficar proibido de depor ou divulgar sobre fatos ou elementos ocorridos na audiência (§ 2º) em virtude do sigilo.

Por fim, podemos citar os princípios da informalidade, oralidade e da autonomia das partes, todos buscando sempre fazer jus à celeridade, desconcentração

e informalidade a fim de que as pessoas possam se sentir mais à vontade e propensas ao acordo, conforme mencionamos no início do tópico anterior.

Já na negociação, terceira espécie dentre os métodos autocompositivos, as partes chegam a um denominador comum sem a intervenção de qualquer terceiro em nenhum grau.

Segundo Cabral (2017, p 357) a opção por medidas autocompositivas é algo comum nos grandes sistemas processuais, seja como forma de resolver problemas estruturais da justiça, seja como forma de atingir a satisfação de ambas as partes envolvidas no conflito.

Nesse último caso, como destaca a autora, a autocomposição se mostra bastante exitosa em termos de pacificação social por se aprofundar nas razões emocionais que permeiam o conflito, as quais muitas vezes não são devidamente referendadas e, quando são, podem trazer mais chances de um desfecho definitivo e legitimo ao problema.

Orsini[5] nos ensina que, especialmente por se aprofundar nas razões psicológicas, sociológicas e humanas, além da econômica e jurídica, as quais cercam as relações conflituosas, a conciliação é bastante indicada aos litígios próprios da vida contemporânea, que são aqueles surgidos em decorrência de relações intersubjetivas relativas às chamadas "instituições integrais", seja ela a família ou o trabalho, por exemplo, ou em virtude das relações multiplexas, isto é, quando há múltiplos vínculos e há tendência de continuidade deles, o que acaba criando um "peso estrutural", como afirma Orsini (2013, p. 04).

Isso se dá porque, nessas relações mais íntimas, a lide não se esgota apenas em si, mas existem variáveis, principalmente emocionais, as quais a permeiam e refletem na disposição das partes à solucionar o problema.

Além desses casos, segundo a autora, também é indicada a conciliação nas demandas de pequenas causas, ou seja, aquelas que, consideradas caso a caso, são de menor relevância econômica, bem como quando é possível o litígio se repetir, seja em uma empresa, localidade ou atividade, por exemplo, porque se mostra como uma forma de prevenção às enormes demandas as quais seriam ajuizadas, afetando os princípios da duração razoável do processo e da eficiência por torná-lo moroso.

[5] ORSINI, Adriana Goulart de Sena. **Teoria do Juízo Conciliatório**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, 2013. 70 p. 2º Curso de Formação de Formadores em Teoria do Juízo Conciliatório (Notas de Aula).

Fora isso, na opinião da mesma autora (2013), a empresa passa a ter um horizonte econômico da solução do problema, já que não precisará dispender uma grande quantidade de dinheiro com processos judiciais com o mesmo teor. Fora a empresa, a parte contrária também passa a olhar o problema como um todo, pois por vezes é vencida pelo cansaço por tantos recursos interpostos e tantos anos afins de litígio.

Assim, segundo Cabral (2017, p. 367), os acordos, sejam judiciais ou extrajudiciais, que forem submetidos à homologação judicial serão averiguados pelo magistrado quanto à sua regularidade formal (art. 104, CC/02) e material (art. 190, CPC/15), à existência de advogado, à qualidade do conciliador e à regularidade do procedimento por ele realizado, se não houve vício no ato de vontade das partes, a proporcionalidade e razoabilidade do objeto de discussão, bem como seu potencial de exequibilidade, porque não há direito líquido e certo das partes que enseje homologação incondicional pelo juiz. Por isso, apesar de deixar as partes à vontade e dar a possibilidade de escolha, cabe ainda ao juiz limitá-la quanto à legalidade e exequibilidade.

Dessa forma, no caso da conciliação trabalhista, a qual será explorada melhor no próximo subtópico, Orsini (2013) nos lembra que se for constatada a existência, por exemplo, de direitos prejudiciais ao empregado, ônus excessivo ao empregador ou que valha para as partes alcançarem fim defeso em lei, o acordo não será homologado pelo juiz.

Percebe-se, com todas as informações acima explanadas, que a conciliação como método autocompositivo de solução de conflitos, isto é, quando as partes, com a ajuda de um terceiro, chegam a um consenso, vem cada vez mais se consolidando e ganhando respaldo legal, pois se mostra como a tendência futura tendo em vista todas as suas vantagens, como a de resolver o problema interna e externamente e com isso atender melhor às necessidades sociais de resolução do conflito de modo mais enérgico.

## 3.2 FUNCIONAMENTO DA CONCILIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Tendo em vista a enorme quantidade de conflitos existentes na coletividade e, consequentemente, as inúmeras demandas judiciais em razão de uma sociedade

bastante litigiosa, o acesso à justiça não tem sido efetivo, seja pela demora até o término de um processo judicial, seja porque apesar de ter tido seu pleito deferido, a parte acabou perdendo outro(s) direito(s) em contrapartida e não se considera efetivamente satisfeita com o resultado.

No caso da conciliação, objeto do estudo, preleciona Viégas (2016) que como forma de autocomposição de conflitos e no âmbito do Direito do Trabalho, especificamente nos contratos de trabalho, foi possibilitada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes.

O autor lembra (pag. 18 e 19) que a Convenção da OIT nº 98, de junho de 1949, prevê as negociações coletivas e as formas alternativas de resolução de conflitos baseadas no tripartismo, ou seja, teria a presença de um representante dos trabalhadores, dos empregadores e do Estado, como forma de se chegar a um acordo mais plural e ponderado.

Na mesma linha, a OIT, em sua Recomendação nº 92, de 29 de junho de 1951, preconiza o desenvolvimento e o aprimoramento da conciliação e da arbitragem nos Estados-membros.

Assim, pode ser observado que não é de pouco tempo o incentivo da justiça trabalhista aos métodos de resolução negociada.

De acordo ainda com o pensamento do autor, o Brasil, que figura entre os membros fundadores da OIT e participa desde sua primeira reunião, aderiu à referida recomendação e inseriu as Comissões de Conciliação Prévia em seu ordenamento jurídico em 13 de janeiro de 2000, com a Lei nº 9.958/00, cujo teor alterou e acrescentou artigos à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e permitiu a execução do termo de conciliação, considerado um título executivo extrajudicial com força de sentença e faz lei entre as partes na Justiça do Trabalho.

Não é à toa que, no país, a Justiça do Trabalho, reconhecidamente, é quem mais investe nesses institutos alternativos, pois entende a necessidade e eficácia deles.

À exemplo de um dos artigos da CLT que dispõe sobre as Comissões de Conciliação Prévia é o 625-A, quando diz:

> As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho. Parágrafo único - As Comissões referidas no caput deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical.

(BRASIL, 1943)

Dessa forma, a partir do exposto por Salgado (2009) será explanado brevemente sobre o trâmite conciliatório a ser percorrido na justiça trabalhista, baseado na CLT.

Primeiramente, a doutrina classifica a conciliação trabalhista em extrajudicial, aquela que acontece nas Comissões de Conciliação Prévia, segundo a Lei 9.958/00, como forma de diminuir a demanda de processos trabalhistas, e a judicial, que ocorre em audiência, segundo o artigo 846 da CLT.

Ainda pode ser classificada quanto ao número de sujeitos, pois sendo o conflito entre um empregador e um empregado, denomina-se dissídio individual, e no caso de se tratar de entidades representativas de ambas as partes, dissídio coletivo.

A importância desse método autocompositivo é tanta para a Justiça trabalhista que a sentença só pode ser proferida após recusada a proposta de conciliação pelas partes, e não havendo a proposta, é considerado nulo o processo, conforme preleciona os arts. 831, "caput" e 850 da CLT.

A conciliação extrajudicial, por sua vez, realizada nas Comissões de Conciliação Prévia, deve ser de composição paritária (art. 625-A, CLT), isto é, com representantes tanto dos empregados quanto dos empregadores, a fim de tornar a proposta mais equânime e atender aos interesses de todos.

Nesse sentido, a autora nos lembra que, a partir da provocação do interessado, fixa-se prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação, conforme estipula o artigo 625-F da CLT, sob pena de declaração de frustração. Essa frustração não impede um novo acordo futuro, apenas quer dizer que nesse momento não houve.

Se efetuada a conciliação, o termo será lavrado no mesmo momento e considerar-se-á como título executivo extrajudicial (art. 625-E), fazendo lei entre as partes e permitindo sua execução perante o Poder Judiciário em caso de descumprimento do acordo.

Essa forma se mostra muito eficiente, rápida e econômica se comparada aos processos judiciais trabalhistas, os quais, tendo em vista a alta demanda, acabam demorando um tempo maior para findarem, tornando a justiça tardia, que por vezes inclusive deixa de ser justiça.

A fase de tentativa da conciliação judicial nos dissídios individuais se dá, obrigatoriamente, logo após a abertura da audiência, mas antes da contestação (artigo 846 CLT), e também após aduzidas as razões finais (artigo 850 CLT), mas antes de proferida a decisão.

Vale salientar que esses são apenas os momentos obrigatórios para o juiz efetuar a proposta de conciliação entre as partes, porém nada o impede de oferecer a conciliação a qualquer tempo (artigo 764, § 3º, CLT), reforçando assim o princípio conciliatório da Justiça do Trabalho, o qual incentiva incessantemente a resolução não contenciosa do problema mesmo após o juízo conciliatório.

Prejudicada a conciliação, o juízo converte-se para arbitral e o processo tramita seguindo o rito processual trabalhista, de modo que não há ônus para as partes caso tentem uma conciliação, pois em caso de não obtenção de sucesso, segue-se automaticamente o procedimento litigioso normal.

Já nos dissídios coletivos, como aponta a autora, a audiência de conciliação judicial ocorrerá após protocolada a representação perante o presidente do Tribunal no prazo de cinco dias e notificadas as partes para, querendo, comparecerem à audiência.

Tendo os dissidentes comparecido e firmado acordo, será ouvido, obrigatoriamente o Ministério Público do Trabalho (MPT), e em seguida submetido à homologação do tribunal, o qual apenas o fará se presentes todos os requisitos legais, se não suspeitar de fraude e também se o acordo for exequível por ambas as partes.

Do contrário, não existindo a audiência de conciliação, será ouvida a procuradoria, realizadas as diligências, e o juiz submeterá o processo a julgamento.

Nos aponta Júnior (2020) que com a Reforma Trabalhista, criaram-se algumas modalidades as quais flexibilizaram a conciliação, como é o caso da extinção do contrato de trabalho, da rescisão contratual por acordo e do acordo extrajudicial com homologação judicial (jurisdição voluntária).

Nesse sentido, a reforma trabalhista apenas confirmou a tendência da justiça brasileira, cuja ideia vem sendo reiterada pelo CNJ, ou seja, ao invés de processos eternos e morosos, busca-se processos mais rápidos, efetivos e consequentemente mais eficientes por meio do uso de métodos autocompositivos.

Para isso, deve haver um trabalho em busca de conferir segurança às partes menos favorecidas e dar mais legitimidade aos pactos conciliatórios, como é o caso,

por exemplo, da utilização de sindicatos representando seus associados, opção a ser melhor abordada no próximo capítulo do trabalho.

É perceptível, comparando uma forma e outra, que a conciliação se mostra bem mais rápida, pois não precisa seguir todos os trâmites processuais, ou seja, é marcada pela informalidade, além de ser mais efetiva, porque uma solução baseada na opinião e compromisso das partes é bem mais possível de ser executada do que uma imposta pelo juiz, externo ao conflito, que muitas vezes é até objeto de recurso, fazendo o processo perdurar por mais tempo ainda no judiciário e gerar mais custos a ele e também às partes.

Além disso, é importante destacar o papel que o juiz deve desempenhar para uma exitosa conciliação.

Conforme aponta a Ministra Carmen Lúcia, citada por Orsini (2013), não se crê mais em um juiz neutro. Ao contrário, busca-se encontrar o "julgamento do cidadão pelos seus iguais", ou seja, quanto mais o magistrado estiver inserido na cultura local e por dentro dos anseios da sociedade, mas ele deterá os "elementos sociais" necessários para uma decisão que promova a melhor justiça de acordo com o caso concreto. Isso é diferente de um juiz imparcial, isto é, sem vinculação a nenhuma das partes.

O juiz, dessa forma, principalmente no contexto trabalhista, deve mostrar uma postura proativa, como aponta a autora supracitada, equilibrando juridicamente as partes, aplicando as normas de ordem pública, verificando, além da regularidade formal, o conteúdo e a conveniência para as partes em realizar o acordo, e não apenas sendo o chamado "homologador passivo", ou observador do processo.

Espera-se que ele utilize de suas prerrogativas à favor de um processo justo, coerente e exequível, e para isso, precisa se fazer ativo na dinâmica processual, seja percebendo o ponto chave para a solução do conflito, seja estabelecendo ações e reflexões para se chegar a essa solução.

Essa postura do Estado-juiz, de fato, pode não ensejar plena autonomia e originalidade ao acordo firmado pelas partes, porém confere legitimidade e isonomia, necessários à justa composição da lide e respeito à justiça, conforme bem discorre a autora.

Nesse diapasão, apesar de, naturalmente, a Justiça laboral ser uma forte incentivadora da conciliação como forma de resolver o conflito, podendo isso ser

confirmado a partir do texto da sua própria lei basilar (CLT), cabe dissiparmos a ideia de adotar mais e mais esse aminho, pois com a ajuda de juízes pro-ativos é possível alcançar resultados mais eficazes, eficientes e porque não seguros, e também desafogar o Judiciário, deixando para ele apenas casos cujo teor do problema necessite de uma análise mais minuciosa e tecnicista.

## 4. O PAPEL DOS SINDICATOS NA ANÁLISE DA PARIDADE DE ARMAS NECESSÁRIA À CONCILIAÇÃO

É certo que na legislação brasileira não há uma definição direta e específica sobre a palavra sindicato. Há apenas artigos da Constituição Federal (CF/88) e da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) os quais dão um norte, como é o caso, por exemplo, do artigo 8º, inciso III, da CF/88, e do caput do artigo 511 da CLT, cujo objetivo é estabelecer quais as atribuições dos sindicatos e sua licitude no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, pode ser definido o sindicato como um grupo de pessoas de uma mesma profissão que decidem se unir em busca de melhorias para sua classe e para isso convencionam eleger, através de uma associação de direito privado, alguém que as representará e defenderá seus direitos, seja individual ou coletivamente, seja judicial ou administrativamente, respeitando o limite mínimo de um município.

Conforme entendimento de Bernardo (2019), o sindicalismo, como meio de representação dos trabalhadores, por sua vez, surge na Inglaterra no início do século XIX, junto à segunda geração de direitos fundamentais e após a Revolução Industrial e a adoção do liberalismo, o qual se mostrou contrário às ideias de associação por entender que dessa maneira a liberdade de manifestação individual dos empregados seria tolhida.

Com isso, seguindo a linha de pensamento do autor, os sindicatos surgem devido a indignação dos trabalhadores com o modo de produção capitalista e, consequentemente, pela necessidade de unirem suas forças em busca de melhores condições de trabalho, salários mais dignos e garantia de direitos mínimos tendo em vista a cruel exploração patronal na qual estavam inseridos.

Isso se deu porque eles perceberam que se unindo conseguiriam ter mais voz, pois eram a força de produção da qual o empregado precisava para manufaturar.

Já no Brasil, o autor ponta que os sindicatos foram formados por volta de cem anos depois do europeu, quando houve a abolição da escravidão e a Proclamação da República.

Após isso, trabalhadores europeus começaram a migrar para o Brasil em busca de emprego e ao chegarem, se depararam com irrisórios direitos oferecidos pelos empregadores, os quais estavam acostumados a terem trabalhadores submissos aos seus anseios, com apenas deveres e nenhum direito.

Como já estavam banhados pelos ideais europeus de sindicalismo, eles começaram a criar, segundo Bernardo (2019), associações de classe que, apesar de ainda não serem consideradas sindicatos propriamente ditos, surtiram efeitos e perduraram por um período de cerca de quarenta anos.

Dessa forma, é de se concordar com o autor quando ele diz que, assim como qualquer movimento, a trajetória sindical brasileira variou e varia de acordo com o momento político e econômico vivido pelo país, seja mais liberal, com uma menor incidência reguladora do Estado, ou mais garantista, com a figura de um Estado mais atuante e intervencionista nas relações públicas e também privadas, como ocorreu com o governo provisório e o Estado Novo, na Era Vargas, por exemplo.

Continuando nessa ideia, hoje em dia, os sindicatos, claramente consolidados, contam com uma vasta carga principiológica, como é o caso do princípio da liberdade sindical, considerado pela OIT (Organização Internacional do Trabalho) como fundamental ao direito sindical por estabelecer que os trabalhadores podem se unir em sindicatos para determinar as condições de trabalho e a forma de atuação das associações, além de outros, como o princípio da liberdade de organização, administração e não interferência externa, e o da unicidade sindical, que permite a existência de apenas um sindicato pertencente a determinada categoria em determinada base territorial.

Corroborando com isso, ainda ressalva Bernardo (2019, p. 14) que as bases da organização sindical, segundo a OIT são: 1° - o direito de sindicalização, ou seja, a possibilidade de os trabalhadores se organizarem, regimentalmente, em torno de uma entidade sindical para a defesa e a promoção de seus interesses; 2° - o direito de negociação, ou seja, a prerrogativa de estabelecer o consenso sobre as condições de trabalho e de participação dos trabalhadores na riqueza produzida a partir de sua força de trabalho, promovendo a distribuição de renda de forma pacifica e pactuada e

3° - o direito de greve. Todos os demais são espécies derivadas desses três pilares estruturadores.

Esses direitos são de fundamental importância para fortificar e solidificar os sindicatos, aumentando seu poder de barganha frente aos empregadores e, consequentemente, proporcionando a conquista de melhores condições para os trabalhadores e a garantia cada vez maior de seus direitos mínimos.

Ademais, Bernardo (2019 apud Queiroz, 2012, p. 13) faz questão de sinalizar que a organização sindical faz parte do tripé da democracia, junto aos partidos e à imprensa, sendo suas funções básicas representar a classe trabalhadora, seja judicial ou extrajudicialmente; reivindicar seus direitos, tanto individuais quanto coletivos; negociar em busca de garantir melhores condições aos trabalhadores; mobilizar e, quando necessário, promover greve a fim que os empregadores possam ouvir os anseios dos seus empregados; educar para a cidadania; e lutar por justiça social, coisa que o trabalhador individualmente faria de forma menos efetiva.

Então, desde o princípio de sua existência até os dias atuais, a finalidade dos sindicatos como entidade de classe integrante do tripé da democracia é combater as arbitrariedades dos empregadores e impor limites mínimos a serem observados pelos patrões a fim de resguardar os direitos dos seus trabalhadores sindicalizados, que se encontram, na maioria das vezes, em desvantagem econômica e intelectual.

## 4.1 ORGANIZAÇÃO ESTRUTURAL DOS SINDICATOS

No que diz respeito à organização e funcionamento dos sindicatos, especificamente quanto à sua função representativa, sobre a qual será falada mais afundo nesse trabalho, como supracitado, pode ser dividida em judicial e extrajudicial. Judicialmente, conforme aponta Bernardo (2019 apud Queiroz, 2012), os sindicatos podem representar os interesses dos trabalhadores de forma individual, maneira ainda pouco utilizada e que será proposta neste trabalho, ou coletivamente, abarcando a maior parte dos casos.

Sendo coletivamente, pode se dar em favor de toda a categoria ou apenasdos associados, sendo este último caso apenas em situações específicas.

Já extrajudicialmente, a representação também poderá se dar individual ou coletivamente da mesma maneira.

Fora essa classificação geral, de acordo com a definição de Palmeiras (2020), os sindicatos ainda são classificados internamente de acordo com outros critérios, podendo ser considerados federações, confederações ou centrais sindicais.

As federações são associações de, no mínimo, cinco sindicatos de um mesmo setor. Já as confederações são designadas como entidades formadas pela reunião de pelo menos três federações de mesmo segmento e, por fim, as centrais sindicais são associações representativas dos interesses de sindicatos de diferentes segmentos.

Esse desmembramento interno dos sindicatos diz de uma organização por meio da qual o sindicalismo passou, tornando-se uma instituição séria e respeitada, ganhando força e espaço através de suas conquistas realizadas por meio de greves e paralisações a fim de alcançar garantias remuneratórias e direitos mínimos, como aponta Duarte (2017).

Apesar disso, também corroboro da ideia de Franco Filho (2017) quando ele diz que os sindicatos ainda necessitam de mais legitimidade representativa para poderem ganhar mais força social e exercerem pressão sobre o capital, isto é, lucro da empresa, pois é quando toca nesse ponto (lucro) que elas recuam e se submetem às negociações, sob o temor da decadência ou mesmo falência.

Robertella (2017), por sua vez, contrapondo esse ponto de vista, bem lembra que, apesar dessa ressalva, é regra da própria organização interna dos sindicatos que em caso de fragilidade sindical, eles poderão apelar para as entidades de cúpula supramencionadas, isto é, para as federações, confederações e centrais sindicais em busca de respaldo. Essa complementação e reciprocidade entre as entidades internas garante mais segurança e respaldo aos sindicatos.

Então, pode-se dizer que são nítidos os grandes avanços e conquistas realizados até hoje pelos sindicatos, a força institucional presente neles, e o quanto a organização interna corroborou para isso, mas não podemos negar que há sempre a avançar em busca de uma atuação mais firme dos sindicatos a fim de conseguir ainda mais representatividade social para resguardar e amparar os direitos dos trabalhadores.

## 4.2 O SINDICATO COMO FORMA DE EQUILÍBRIO DE PODER ENTREEMPREGADO E EMPREGADOR

Muito se defende que não seria possível haver conciliação no âmbito da

Justiça do Trabalho em caso de dissídios individuais, ou seja, quando o trabalhador pleiteia individualmente seus direitos perante o empregador, pois não haveria equilíbrio de poder entre ambos, sendo um hipossuficiente econômica, hierárquica e cognitivamente em relação ao outro. Tal fato é uma constatação.

Porém, entraria nesse momento o papel dos sindicatos para garantir a paridade de armas e fazer jus ao princípio da proteção, visto que, como abordado anteriormente, ele tem justamente o papel de reivindicar direitos, negociar com os empregadores e barganhar e salvaguardar os direitos da classe, ou da pessoa, se for um dissídio individual, a ser representada.

Isso, inclusive, é garantido pelo artigo 8º, inciso II, da CLT, quando diz que "Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;", assim como essa atuação faz jus às suas funções negocial e representativa, apontadas por Duarte (2017, apud Nascimento, 2003).

Nesse caso, o sindicato atuaria representando seu associado, isto é, atuando em nome dele – e não em nome próprio – judicialmente, pois, como bem lembra Duarte (2017), tem legitimidade ordinária para isso, a fim de que a conciliação possa ter um resultado com base no equilíbrio entre os interesses do trabalhador e do ente hierarquicamente superior, e não apenas deste último, cuja superioridade poderia ensejar supressão dos anseios e direitos da parte mais fragilizada.

Essa forma de representação dos trabalhadores por meio de sindicatos em dissídios individuais, como nos aponta Aidê Costa Bezerra Gonçalves ao falar sobre o Instituto da Conciliação na Justiça do Trabalho no Brasil, foram implantadas no governo Vargas com o nome de "Juntas de Conciliação e Julgamento".

Delas, participavam representantes dos empregados e empregadores, e um presidente nomeado pelo Ministério do Trabalho, responsável pelo recebimento das reclamações. As decisões tomadas, por sua vez, eram executadas, a princípio, na Justiça Federal e, após 1937, na Justiça Comum.

Porém, foram extintas em 1999 com a edição da Emenda Constitucional nº 24, que extinguiu a representação classista e alterou a denominação da "Junta de Conciliação e Julgamento" para "Vara do Trabalho", conforme nos conta Gonçalves.

Ainda corroborando o entendimento de Duarte (2017, apud Martins, 2014),

cabe destacar que no Direito do Trabalho, ramo considerado protecionista quanto ao direito do trabalhador, a regra é a impossibilidade do empregado renunciar direitos a ele já concedidos, como é o caso de renunciar seu salário por motivos de dificuldade financeira do seu empregador.

Nesse caso, deve ser feito um acordo por meio de uma conciliação, por exemplo, entre o empregado, representado pelo sindicato de sua classe obreira, para evitar que seja induzido a erro, e o empregador, a fim de que hajam mútuas concessões e se chegue a um consenso, e também desde que os direitos não sejam absolutamente indisponíveis, isto é, direitos sem os quais não seria garantido o mínimo para o trabalhador sobreviver.

Esse pensamento está justificado pelo artigo 444 da CLT, o qual dispõe que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalhador, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Pode, então, à título exemplificativo, o empregado trabalhar apenas os dias proporcionais ao valor possível de pagamento por parte de seu patrão, que seria a chamada compensação de jornada, prevista no artigo 7º, VI e XIII, da CF, e não trabalhar a jornada completa para receber o valor do salário e dos benefícios de forma integral, caso não fosse viável ao empregador.

Percebe-se assim, que não há renúncia de direitos e sim a transação deles, ou seja, trata-se de um ato bilateral de concessões mútuas ocorrido quando a lei permite e dentro da realidade, pois do contrário feriria princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Acerca dos direitos indisponíveis trazidos pelo artigo 611-B da CLT, apesar de sua indisponibilidade, sendo ela relativa e mais favorável ao trabalhador, poderá ser objeto de acordo entre sindicato e patronado. Observe que deve ser mais favorável ao trabalhador.

Estão dentre esses direitos indisponíveis o de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, seguro-desemprego, FGTS, salário mínimo, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, licenças maternidade e paternidade com seus respectivos dias mínimos etc.

Vale acrescentar à ideia de Duarte (2017) que quanto aos princípios do direito do trabalho especificamente, a autocomposição deve respeitar a adequação setorial negociada, ou seja, o acordo só se dará em prol da melhora das condições de trabalho do empregado e caso se trate de direitos relativamente indisponíveis, além de ter o dever de respeito à proibição ao retrocesso social e aos princípios basilares como o da boa-fé, da razoabilidade e da igualdade nas relações trabalhistas.

Com isso, constata-se primeiramente que o fato das partes terem chegado a um acordo não acarreta a imediata homologação dele por parte do juiz.

De acordo com Schiavi (2015, apud Almeida, 2020), ""o juiz não está obrigado a homologar a conciliação, pois ela não é um direito das partes, e sim um ato jurisdicional que decorre do livre convencimento motivado do magistrado".

Em verdade, ele não é obrigado a aceitar o acordo, conforme dispõe a Súmula 418 do TST quando diz: "A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.".

Cientes disso e na busca do equilíbrio, o juiz também deve, respaldado pelo princípio da autonomia da vontade privada de um lado e da indisponibilidade de direitos do outro, dar margem para os sindicatos poderem atuar na busca dos interesses do seu representado.

Depois, levando em consideração que o magistrado deve balizar o acordo pelos limites impostos pela lei, não sendo possível chegar a um denominador igualmente bom para ambas as partes, ou se o trabalhador, com o auxílio do seu sindicato, perceber posteriormente que será mais favorável para si o litígio, é facultado a ele essa possibilidade de não firmar o acordo e partir para a via judicial.

Então, é possível notar que, de fato, pleiteando em juízo sozinho contra seu empregador, o trabalhador está mais suscetível a aceitar acordos incompatíveis com seus anseios, principalmente quando se trata de empregados em manifesta hipossuficiência em relação ao seu chefe.

Porém, há uma entidade cujo objetivo é justamente proteger o interesse dos trabalhadores e garantir o respeito aos seus direitos, e na busca por uma alternativa à judicialização dos conflitos trabalhistas, o sindicato se mostra como um perfeito aliado rumo à paridade de armas necessária para garantir uma conciliação justa e equânime.

## 5. AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS JOGOS NA CONCILIAÇÃO

**TRABALHISTA: ATUALIDADE E PERSPECTIVAS**

Como falado anteriormente, a teoria dos Jogos busca analisar estrategicamente as ações racionais dos indivíduos nos casos em que o resultado de cada um deles depender das atitudes tomadas por seus oponentes, porque dessa forma eles podem escolher a decisão mais assertiva tendo em vista seus objetivos e, especialmente, as variáveis estratégicas do jogo.

Assim, essa teoria deve ser aplicada quando o risco da demanda seja considerado pela parte como favorável à conciliação, ou seja, levando em consideração o cálculo de eficiência e racionalidade.

Entendendo a parte não ser o caso de conciliação, seja porque trata-se de direito indisponível, ou porque, analisando o histórico do seu adversário, percebe que ele não costuma fazer conciliações, ou, fazendo, que elas são infrutíferas, ela deverá recorrer à via judicial.

Se aplicada à teoria dos jogos, a conciliação trabalhista seria formada por partes (jogadores), na figura do empregado, podendo ou não ser representado pelo seu sindicato, como sugerimos no capítulo anterior, e do empregador, que agem de modo pensado, com o auxílio de um terceiro, cujo papel é expor os reais problemas do conflito e propor um entendimento comum para atingir o melhor resultado possível para ambas as partes.

Seguindo esse raciocínio, a parte que previamente buscar entender o caso de maneira racional, analisando as possíveis condutas de seu oponente, para só depois tomar uma decisão a qual seja possível e salutar para todos, terá maiores chances de conseguir um resultado positivo tendo em vista o melhor poder de barganha.

Agindo dessa forma, as partes perceberão muitos pontos positivos. Será interessante ao empregado optar por essa forma alternativa de resolução de conflitos porque, caso optasse pela via litigiosa diretamente, até teria seu problema resolvido, mas depois de anos despendendo não só tempo, mas também saúde emocional por ficar aguardando seu direito.

Nesse sentido, já dizia Ruy Barbosa que justiça tardia não é justiça, mas sim uma injustiça qualificada e manifesta.

Assim, por vezes, o empregado, tendo pleiteado em juízo determinado direito já por estar precisando receber seu bem jurídico o quão antes a fim de satisfazer suas

necessidades pessoais, acaba por desistir depois de se passar tanto tempo, e até mesmo entender que não vale mais a pena continuar se desgastando com tantas audiências e recursos.

Cientes disso, muitas empresas acabam optando pela estratégia de recorrer inúmeras vezes até o trabalhador desistir da ação ou não dar mais andamento a ela.

Fora isso, vale lembrar que os créditos trabalhistas são considerados de natureza alimentar, como nos lembra Almeida (2020), indo, portanto, além de uma simples indenização. Pelo contrário, esses créditos são a garantia da aplicação do princípio norteador e basilar da Constituição Brasileira: a Dignidade da Pessoa Humana. Então, ao haver demora no recebimento deles, haverá também o descumprimento a esse princípio.

Então, caso opte por uma conciliação, seja representado ou não por seu sindicato – se ponderar ser importante para garantir a paridade de armas – o trabalhador poderá receber mais rapidamente o valor acordado, como nos aponta Júnior (2020) e, assim, seguirá sua vida normalmente, seja usando o dinheiro recebido para uma finalidade pessoal, seja em busca de um novo emprego, seja voltando ao seu posto após um acordo construtivo entre as partes.

Já o empregador, na ideia do autor, ao se deparar com esta mesma situação, também perceberá que terá custos para manter um processo judicial, seja para produzir provas, seja para arcar com um bom advogado para recorrer das ações, e, vindo a perder a demanda, arcará com os valores pleiteados, acrescidos de juros e de correção monetária, o que pode vir a ser, inclusive, causa de declínio para a empresa, além de correr o risco de perder um ótimo empregado cujo serviço agregaria dentro da empresa.

Também vale expor um exemplo em casos de ações coletivas, estas que seriam, conforme dispõe o texto do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, aquelas as quais atingem o interesse de um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, em que o sindicato, por suas “costas largas”, mais uma vez atuaria impessoalizando a demanda e tirando o trabalhador da linha de tiro, nas palavras de Carlos Ayres Britto (apud Coelho e Vermond, 2019, apud FERRACIN, 2018, não paginado). Veja o caso concreto abaixo.

Digamos que um grupo de profissionais farmacêuticos que trabalha em

determinado hospital privado há mais de 10 anos tem como regime de trabalho plantões com 4 folgas mensais nos finais de semana e de repente se depara com a empresa concedendo apenas duas folgas.

Por isso, busca o Sindicato dos Farmacêuticos para saber informações e recebe a notícia de que na verdade foram pactuados acordos coletivos de trabalho (ACT) entre ele e o hospital no mesmo formato há mais de dez anos concedendo apenas as duas folgas mensais, isto é, o mínimo exigido pela lei.

Porém, por liberalidade da empresa ela não vinha aplicando o rigor do estabelecido em ACT com relação às folgas, e sim concedendo o dobro aos seus funcionários. Acontece que agora, em meio à pandemia do COVID-19 resolveu começar a aplicar o disposto no acordo e o sindicato resolveu recorrer à Justiça do Trabalho. Nesse caso, qual seria a melhor saída para se obter ganhos mútuos?

Primeiramente é necessário ter em mente que esse exemplo se trata de um dissídio coletivo, ou seja, envolve diversos trabalhadores, pois o sindicato dos empregados entrou com uma reclamação trabalhista contra a empresa que os emprega em busca da criação de uma norma para reger a relação coletiva de trabalho.

Em seguida, é fato a importância do papel do advogado/sindicato e do juiz conciliador nesse momento, porque os conflitos trabalhistas envolvem muitas emoções e sentimentos, razão pela qual as partes externas ao conflito têm função primordial de trazer à tona a racionalidade.

Como forma de exemplificar a maneira mais indicada de pensar e agir do advogado/sindicato e do juiz conciliador diante de uma conciliação trabalhista e tendo como ferramenta para tanto a teoria dos jogos, foi utilizado neste trabalho algumas ideias trazidas por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, cofundadores do Projeto de Negociação de Harward que escreveram o brilhante livro “Como chegar ao Sim: Como negociar acordos sem fazer concessões”.

É importante deixar claro que a negociação é um gênero do qual a conciliação é espécie, e as definições extraídas para este trabalho serão perceptivelmente aplicáveis às conciliações trabalhistas, pois o maior objetivo é entender como aplicar a teoria dos jogos a partir dessas técnicas de negociação – pois ambas estão diretamente ligadas – para alcançar o equilíbrio de Nash, ou seja, o melhor resultado possível para ambas as partes.

Em sua obra, que não será aprofundada com afinco, mas sim apenas usada

como meio para dar aplicabilidade a problemática estabelecida inicialmente, os autores elencam quatro pontos a serem considerados antes de iniciar qualquer tentativa de negociação, são eles: separe as pessoas do problema; concentre-se em interesses, não em posições; invente várias opções de ganhos mútuos; e insista em usar critérios objetivos.

O primeiro ponto diz respeito a separar as pessoas e suas emoções intrinsecamente imbuídas em uma relação ferida e por isso marcada pela raiva e pelo sentimento de ameaça, do real problema, pois sem isso não será possível enxergar racionalmente a situação e aceitar bons acordos.

Então, para isso, é importante que as partes alheias ao conflito deixem claro aos seus representados que o objetivo é atacar o problema e não as pessoas, e assim busquem reestabelecer a comunicação, pois sem diálogo qualquer tipo de negociação em busca de conciliar interesses se torna inexequível.

No exemplo acima apresentado, o problema a ser atacado é quantidade de folgas disponibilizadas pelo hospital aos seus profissionais farmacêuticos, tendo em vista que o hospital quer passar a disponibilizar apenas duas e seus empregados buscam continuar com as quatro.

Dessa maneira, é interessante o juiz conciliador deixar as partes expressarem seus sentimentos livremente para depois ele começar a ter uma visão mais clara do problema, das necessidades de cada lado, e fazer uma prospecção do que está em jogo para se chegar em um denominador igualmente bom para todos, pois apesar das muitas diferenças, ambos tem um problema em comum e desejam uma resolução benéfica dele.

Fazendo as partes se colocarem uma no lugar da outra facilita a aplicação da teoria dos jogos ao caso concreto, pois torna mais fácil elas pensarem no que cada uma poderá propor ou aceitar como proposta, para então estabelecer um acordo viável. Em outras palavras, para entender o pensamento do outro, é preciso se colocar no lugar dele e tentar pensar como ele.

Isso se dá porque certamente os interesses, chamado de utilidade na teoria dos jogos, definem o problema e também como se dará a solução deles.

Um exemplo contado por William Ury em entrevista ao Jornal “O Povo” que pode ilustrar bem como a definição dos interesses auxilia na busca pelo melhor acordo é o caso do impasse de duas irmãs que disputavam por uma única laranja e, por não

conseguirem chegar a um denominador comum, acabaram por cortá-la no meio e ficar cada uma com a metade.

Aparentemente seria uma ótima saída para o problema, porém a intenção de uma delas era obter o suco da fruta e a outra queria a casca para fazer bolo. Então, se ambas tivessem deixado clara a utilidade, certamente teriam feito melhor proveito da fruta.

Com isso, já entramos no segundo ponto, o qual trata sobre as necessidades humanas básicas a serem atendidas por meio do acordo, pois muitas vezes pensamos que os interesses em jogo são apenas financeiros, mas vai muito além disso. Ao contrário, se fossem apenas econômicos possivelmente seria mais fácil resolver a questão.

Nesse sentido, os autores da obra elencam as seguintes necessidades humanas básicas as quais, se atendidas por meio do acordo, aumentam muito as chances de atingir um bom resultado. São elas: Segurança sobre o futuro, Bem-estar econômico, que está ligado à segurança, Senso de pertencimento, Reconhecimento pelo que é e/ou faz, e Controle sobre sua própria vida.

Então, qual o interesse do hospital em passar a cumprir o que foi estabelecido em ACT - aparentemente - de uma hora para outra? Seria a necessidade de mais profissionais durante os turnos para dar conta da demanda pandêmica? É papel do sindicato pensar nas possibilidades e formular hipóteses de acordo a partir dela.

Igualmente o hospital deve se perguntar: Qual o interesse dos profissionais ao pleitear a quantidade de folgas? Aproveitar o tempo com a família? Descansar? Ter uma compensação financeira pelos dias a mais trabalhados? Tudo isso precisa ser muito bem analisado por cada parte antes de formular propostas, e um diálogo franco e atento com certeza poderá facilitar esse processo.

Assim, se o interesse dos profissionais é descansar e ficar com a família nas folgas, certamente uma proposta de compensação financeira em razão da diminuição dos dias de folga não seria uma boa opção. Da mesma forma, se a necessidade do hospital é manter mais profissionais por turno, a proposta de diminuição no valor do salário em razão da menor quantidade de dias trabalhados também não atingiria o objetivo.

Dessa forma, para conseguir entender o que a parte contrária concebe como “atender aos seus interesses”, é preciso ouvir suas necessidades e encontrar propostas cujo teor se coadune minimamente com ambos os desejos.

O terceiro ponto convida não só o juiz conciliador, mas também as partes, principalmente, a estabelecerem diversas saídas para o problema, ou seja, diversas estratégias, com diferentes intensidades e levando em conta diversos fatores a fim de abrir a mente acerca das possibilidades. Uma dica importante trazida no livro é fazer a solução parecer ser a coisa certa a se fazer.

Isso significa dizer que é mais fácil a parte aceitar uma proposta se ela for embasada na percepções do seu oponente ou se for embasada em precedentes já formulados, leis e opiniões de especialistas no assunto? Certamente a segunda opção. Para tanto, é extremamente necessário que as partes tenham propriedade sobre o assunto para defender suas propostas. Afinal, como defendido em capítulos anteriores, quem tem mais conhecimento sobre a parte contrária tem maior poder de barganha pela propriedade no assunto.

Além disso, ninguém melhor que as próprias partes para saberem o melhor para si. Assim, não deve se esperar que o juiz conciliador tenha amplo conhecimento sobre tudo. Dessa forma, cabe aos componentes da conciliação indicarem ao juiz qual a melhor saída para, com isso, ele poder os ajudar a formular melhores pactos.

Então, cabe tanto ao hospital quanto ao sindicato juntarem provas e decisões ou declarações de pessoas ou órgãos renomados no assunto, e ainda, estudar a atuação do outro lado caso tenham se envolvido em uma situação semelhante e ter em mente suas propostas em cima disso.

Perguntas como “eles costumam tomar uma posição mais rígidas diante de negociações?”, “costumam trazer que tipos de provas?”, “eles jogam limpo? Ou buscam vencer o oponente pelo cansaço?”, costumam facilitar na hora de decidir qual caminho seguir primeiramente, assim como quais as alternativas ter à disposição.

Da mesma forma se faz importante buscar como a questão das folgas é tratada em hospitais do mesmo porte e se esse tipo regime de trabalho funciona ou não, para usar como fundamento do pedido. Isso gerará firmeza nos argumentos, mostrará imparcialidade, consistência e plausibilidade, e facilitará a aceitação de possíveis propostas.

Outra dica importante é buscar como casos semelhantes foram decididos judicialmente para, comparando com a proposta de acordo apresentada, convencer a parte de que o acordo é uma saída melhor por apresentar mais vantagens.

Com as cartas na mesa é imprescindível que as partes elaborem qual seria sua

melhor solução para o caso, aquela considerada ideal para atingir seus objetivos, e aquela limite, isto é, o pior acordo possível de ser aceito, pois inferior aquilo entende-se mais viável buscar uma solução litigiosa, por pior que seja. A partir disso abre-se uma janela aos possíveis acordos e alternativas caso ele não dê certo, tornando-se mais difícil ceder a pressões ou acordos infrutíferos.

Por fim, mas não menos importante, é se concentrar no problema e chegar a uma solução com base em princípios, não em pressões. Esse ponto está diretamente ligado ao anterior.

Isso significa dizer que ao invés do sindicato dizer:

> "vocês estão errados em reduzir as folgas dos empregados de uma hora para outra, porque por mais que estivesse acordado em ACT, vocês os beneficiaram por mais de dez anos e essa benesse foi incorporada ao contrato de trabalho. Se não voltarem atrás vamos entrar em greve e nos vemos no tribunal"

É mais eficaz questionar:

> "Compreendo que estava acordado em ACT e vocês que os beneficiaram com mais folgas, mas se a postura de beneficiar os funcionários com quatro folgas foi adotada por tantos anos, com base em que vocês passaram a entender que o correto seria apenas duas folgas e não as quatro? O que precisaria ser feito para que as folgas voltem a ser como eram? O que vocês fariam caso se sentissem prejudicados por essa decisão? Os funcionários estão se sentindo desrespeitados e desconsiderados, pois em um momento como esse, de pandemia, que eles foram tão essenciais e estão tão cansados, seus períodos de descanso foram reduzidos pela metade. Além disso, veja bem, a lei diz que as benesses concedidas a mais serão automaticamente fixadas no contrato. Então se formos recorrer ao litígio, provavelmente teríamos procedência no nosso pedido em detrimento do de vocês. Apesar disso, eu entendo que a situação da pandemia tenha atingido também vocês, então vamos acordar algo bom para os dois e continuarmos a relação de trabalho pacificamente?".

A partir desse questionamento a empresa deverá atacar não a questão de valores "certo" ou "errado", pois isso varia a partir da visão de cada um, e sim explicar os critérios que a fizeram mudar de ideia. Então, com critérios objetivos o sindicato poderá contra argumentar apresentando suas questões, também baseadas em fatos.

Nesse momento fica claro o quanto é importante saber quais os interesses da parte contrária e ter provas e argumentos sobre o seu direito. Quem conhece o adversário e tem boas provas poderá pleitear melhores propostas.

E isso não desmerece a outra parte, pois tendo consciência de que seu direito é

desfavorável, ou mesmo que, apesar de um direito bom, dispõe-se de pouca ou nenhuma prova dele, percebe que fazer um acordo seria bem mais vantajoso se comparado a buscar a via judicial, pois lá haverá uma reconstrução do passado na busca de convencer o juiz, e quem tem boas provas certamente o convencerá mais facilmente e sairá ganhador.

É importante ressaltar que pode acontecer de ambas as partes terem provas muito robustas e se mostrarem intransigentes ao ponto de perceberem como o melhor resultado da negociação é não chegar a um acordo e sim esperar que alguém tome aquela decisão por elas. Isso faz parte do cálculo de eficiência e racionalidade que deve ser feito previamente pelas partes.

Nesse sentido, é possível se questionar: no exemplo dado, qual seria uma boa solução que não desmerecesse os interesses de ambas as partes? Imaginemos a hipótese da utilidade da diminuição das folgas pela empresa ter se dado em razão dos atendimentos terem crescido em virtude da pandemia, ocasião em que o hospital precisou de mais profissionais na escala, mas não têm condições de contratar mais pessoas no momento.

Por outro lado, considera-se que os profissionais querem as folgas para descansar dos plantões, agora bem mais corridos em virtude da alta demanda por atendimentos, além de precisarem ficar com a família, resolver problemas pessoais como ir a médicos, supermercado, enfim, cumprir as funções cotidianas.

Assim sendo, o juiz conciliador poderia sugerir que a empresa continuasse dando as duas folgas fixas por mês, como foi acordado no ACT, e fora elas fosse feitouma escala de “folgas extras”, de modo que todo mês alguns funcionários pudessem tirar mais duas folgas, totalizando quatro folgas ao mês.

Dessa forma seria atendido ao interesse da empresa de ter mais funcionários por escala trabalhando, já que apenas alguns deles tirariam mais folgas no mês, e também ao fato de não terem condições financeiras de contratar mais pessoas para o trabalho, e também atenderia ao pedido dos funcionários, porque poderiam ter mais folgas em meses alternados e não apenas duas em todos eles.

Em um processo judicial, certamente seria discutido o que diz a lei, isto é, que apesar de ter sido firmado um ACT, por deliberação própria a empresa quis aplicar uma situação mais benéfica e isso teria se incorporado ao contrato de trabalho, razão pela qual não seria possível retroagir em prejuízo dos trabalhadores.

E novamente é possível se questionar o porquê, então, do sindicato dos farmacêuticos ter interesse em uma conciliação se eles aparentemente têm direitos mais fortes. Isso se dá porque a relação trabalhista tem a característica da continuidade, ou seja, o envolvimento das partes ultrapassa os limites do problema.

Em outras palavras, se após o conflito as partes continuarão se relacionando, é interessante que o acordo seja cooperativo e as partes se sintam partícipes do processo conciliatório.

Então, possivelmente os empregados buscam melhores condições de trabalho e seus direitos são legítimos, mas não é interessante que a solução judicial eventualmente inviabilize a manutenção de seus empregos por parte do empregador. Isso porque como a empresa alega não ter sido possível contratar um maior contingente de profissionais por questões financeiras, pode ser que em caso de uma eventual sentença decidindo pela obrigatoriedade da aplicação das quatro folgas o hospital necessite fechar ou diminuir o setor por não estar atendendo a demanda e não ter como ampliar nesse momento.

De todo caso, mesmo que continuem com o emprego, certamente a relação não será reestabelecida, e sim inflamada, tornando o ambiente de trabalho desagradável. Tendo em vista que esses profissionais por vezes passam a maior parte do tempo da vida no trabalho, cujo clima já é pesado por natureza por se tratar de um hospital, o mais interessante é um ambiente pacífico, com relações empáticas e cordiais.

É importante salientar que a opção pelo acordo conciliatório pode ocorrer a qualquer momento do processo, podendo ser proposto pelo juiz ou pelas próprias partes desde que elas estejam dispostas a isso. É possível, com o rumo do processo e a demora por uma resolução, que as partes entendam que chegar a um acordo será melhor para ambas se comparado ao possível resultado do litígio.

Igualmente, uma das partes poderá mostrar a outra sobre as vantagens do acordo ao perceber que, mesmo se sair vencedora no processo, o resultado não vai atender nem aos seus reais interesses, nem aos da outra parte.

Agora, para dar outro exemplo, podemos imaginar um empregador A, que teve sua empresa de festas paralizada devido a pandemia e precisou fechar as portas temporariamente e demitir todos os empregados até o movimento voltar minimamente ao normal, não pagando a eles seus direitos advindos com o encerramento do contrato de

trabalho.

Nesse sentido, o empregado B busca seu sindicato para ir atrás dos seus direitos, pois se encontra desempregado e possui uma família para sustentar, mas informa que gostaria de continuar na empresa caso ela reabra.

O sindicato, por sua vez, analisa o problema, no contexto da economia em uma pandemia, principalmente para o mercado de eventos, e vê que muito provavelmente não será possível ao empregador quitar toda a dívida com o empregado B de uma só vez.

Nesse caso, vê-se diante não mais de um dissídio coletivo, como ocorreu no exemplo anterior, mas sim de um dissídio individual, pois está em jogo os interesses de um trabalhador ou mais de um trabalhador específico, que busca seus direitos em desfavor de seu empregador.

Dando seguimento ao caso em questão, o sindicato agora passa a analisar a figura do empregador, percebe quais são seus interesses e pesquisa como foi a sua postura em outros dissídios, chegando a conclusão de que é interessante tentar um acordo judicial pois ele sempre cumpriu com suas obrigações e não há relatos negativos de ex empregados seus.

Assim, ao ouvir do empregador que tem interesse em pagar seus antigos empregados, mas não possui o valor integral para dar de uma vez, sonda as possíveis propostas a serem apresentadas.

A melhor proposta seria dividir o valor total em prestações, e/ou iniciar o pagamento após alguns meses para o antigo patrão poder angariar o valor.

Porém, se o sindicalizado optar por receber em menos tempo a quantia para quitar empréstimo realizado e com isso sobreviver ao desemprego, a melhor saída seria negociar com o empregador quanto ele pode dar como montante inicial e depois parcelar o resto do dividendo. Então, novamente fica claro que a saída para o problema dependerá dos interesses em jogo.

Agindo dessa maneira, atenderá ao interesse do ex empregado de receber o valor devido, posto ser um direito indisponível, além de não se indispor com o empregador para o caso de uma possível volta ao trabalho, mas também ao interesse do ex chefe, que não tem como pagar todo o débito de uma só vez devido a suas condições financeiras.

Caso o empregador se recusasse a pagar e a propor um acordo interessante

também ao empregado, aí sim caberia ao sindicato optar pela judicialização da demanda, pois do contrário, não estaria sendo atingido o equilíbrio de Nash, ou seja, não seria a melhor resolução do problema para ambas as partes e sim apenas para o empregador.

Ressalta-se, o objetivo da teoria dos jogos é atingir o melhor acordo para ambos, e não que uma das partes ceda a pressão ou a ameaças, pois nesse caso a via judicial se mostra como a melhor saída.

Ademais, tentar o acordo seria interessante porque por mais que o juiz condene o ex patrão ao pagamento do valor de pronto, isso não será possível porque ele não tem como quitar a dívida, então não adianta nada se indispor, pois além de não receber o valor, ainda diminui drasticamente as chances do empregador voltar a contratar o empregado quando retornar as atividades da empresa.

Outra situação que poderia acontecer é se o empregador A estivesse com os salários dos seus funcionários atrasados e B resolvesse procurar seu sindicato em busca de resolver a situação.

Primeiramente caberia ao sindicato questionar o porquê do atraso. É porque não está conseguindo manter a empresa? É porque o dinheiro não está sendo bem gerido pelo administrador? É porque o empregador normalmente já não paga bem seus empregados e é intransigente quanto a isso?

Nesse último caso, insistir em um acordo quando a outra parte não tem interesse em agregar, torna o que era para evitar maiores desgastes em uma situação ainda mais desgastada.

Não sendo esse o caso, se a parte tem interesse em chegar a um acordo ou é convencida por uma boa solução, passa-se a analisar o interesse dos sindicalizados. Se o interesse deles é apenas colocar em dia os salários, não cabe um acordo que inviabilize a continuidade dos empregos.

Tendo em mente que o interesse dos empregados é a regularização dos salários, o sindicato, ao analisar previamente as possibilidades estratégicas, poderia propor ao empregador:

- a regularização do pagamento dos salários daquele dia em diante e a diluição mensal do valor total dos salários atrasados, de modo que o empregado B recebesse por mês o valor do seu salário mais a parcela do débito.

- o pagamento dos salários vencidos e a reformulação do contrato de trabalho para que o empregado B passasse a trabalhar apenas a quantidade de dias por mês proporcional ao que o empregador A tem condições de pagar em dia.

- a quitação do débito salarial e rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, sendo o valor diluído em parcelas que possam o empregador pagar em dia

Nos dois primeiros casos, percebe-se que o objetivo do empregado B é manter a relação empregatícia, enquanto no terceiro caso não é do seu interesse continuar naquela empresa, mas sim apenas receber o débito, seja porque já em outra proposta de emprego mais vantajosa, seja simplesmente porque não quer mais continuar na empresa.

Caso o empregador A se recuse a pagar mesmo após ouvir as justificativas do sindicato, caberá a este buscar os direitos de seu sindicalizado pela via judicial, pois não deve o empregado abrir mão dos seus direitos. Ele apenas tentou uma via mais rápida, mas não sendo possível, resta ao Poder Judiciário resolver o conflito.

Caberia dizer:

> "O que precisa ser feito para haver a regularização dos salários? O senhor se imagina assumindo obrigações por estar programado para receber um determinado valor por mês, e ao final não receber? Os funcionários estão muito preocupados com essa situação. Não querem deixar o senhor na mão, mas precisamos chegar a um denominador comum, pois sem salários os empregados passam fome, mas sem funcionários a sua empresa fecha e você fica em uma situação complicada. Acredito que seria benéfico para os dois buscarmos a melhor solução, até porque provavelmente caso resolvamos partir para a via litigiosa, possivelmente você terá que pagar esse valor ou até mais, e em condições bem menos flexíveis, e nós demoraremos mais a receber nosso retroativo pela demora das sentenças judiciais. Porém, se o senhor entende não ser possível, realmente precisaremos recorrer a via litigiosa. Caso pense melhor e mude de ideia, por favor nos procure e juntos podemos chegar a uma saída".

Tomando atitudes como essas, no entendimento de Pimenta e Fernandes (2007), ao invés de responder a inúmeras lides idênticas, podendo, inclusive, gerar possíveis soluções divergentes, o Poder Judiciário contará com decisões baseadas em entendimentos uniformes, efeitos *erga omnes*, e gerará grande economia processual, eficiência e duração razoável dos processos judiciais, refletindo consequentemente numa maior garantia dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores.

Tendo em vista as exposições acima elencadas, percebe-se que para chegar à conclusão de qual o melhor caminho a ser tomado, as partes devem ter em mente quais as suas prioridades e objetivos, e a partir disso, optar ou não pela conciliação. Optando, devem estudar as possíveis atuações do seu adversário e buscar o melhor para si diante do melhor para ele.

É certo que a conciliação, se utilizada de forma correta, ou seja, contando com um juiz imparcial e ao mesmo tempo proativo, com partes em iguais condições de barganha, tratando-se de direitos disponíveis e de um acordo exequível e interessante para ambas as partes, é uma excelente opção para quem visa rapidez e eficiência na solução de conflitos.

É justamente para viabilizar a exequibilidade e excelência do acordo que vem à tona a Teoria dos Jogos, pois como o objetivo dessa teoria é a análise por ambas das partes da melhor forma de sair do conflito, sendo a melhor maneira aquela benéfica para ambas as partes, sob pena do acordo não ser firmado, entende-se que ela é um instrumento na busca do melhor pacto.

Ela evita possíveis novas discussões, além de, quando aplicada à conciliação, driblar um processo moroso que onerará ambas as partes e, de alguma forma, o próprio Estado, por precisar empregar seu tempo – que não é pouco – na solução do problema, como nos lembra ainda o autor supracitado.

Assim, a cooperação das partes proporcionada pela teoria faz com que ambas ganhem nesta solução e com isso tenham a sensação de que seus direitos foram salvaguardados da melhor forma possível.

Vale salientar que, atualmente, depois da Reforma Trabalhista, até houve uma diminuição considerável de novas reclamações perante a Justiça do Trabalho, todavia esta diminuição não está motivada na opção pelas partes por vias não litigiosas, a qual ainda é pouco utilizada se comparada à via judicial, mas sim pelo encargo assumido pela parte vencida de ter que arcar com as custas processuais, fazendo-as pensarem melhor antes de interpor ações trabalhistas.

De todo caso, ainda assim continua grande a quantidade de processos ingressados anteriormente à vigência da Lei nº 13.467/2017 e que estão em trâmite perante a Justiça do Trabalho, processos estes cuja resolução já poderia ter sido dada há tempos e que acabam congestionando e atrasando o julgamento de questões cuja complexidade requer dos magistrados maior atenção.

Então, o impasse para que as pessoas não apostem mais na teoria dos jogos e na conciliação é, dentre outras questões, o desconhecimento e a descrença de que possa existir um bom acordo, mesmo pautado em teorias cientificamente comprovadas, como é o caso da teoria dos jogos.

Nesse sentido, a maioria só entende como sendo uma decisão justa aquela dada por um juiz, o qual, em tese, iria penalizar a parte contrária.

Diante disso, é certo o pensamento de Almeida (2020) quando ela diz que trabalhar pela cultura da paz é elemento fundamental de toda sociedade e mais ainda no judiciário trabalhista brasileiro, pois, citando a professora Leila Dupret (2002), a autora defende o ensino de crianças, jovens e adultos sobre respeito, princípios, justiça, liberdade, direitos em geral e também os humanos, tolerância, igualdade, solidariedade, e ainda, acrescenta-se, sobre negociação e como ela se dá.

É de se concordar com a professora quando ela entende que essa é a forma mais eficaz de modificar a forma violenta com a qual as pessoas pensam e agem em busca de resolver seus problemas, o que se transcreve a partir dos altos números de ações judiciais, pois a sociedade, na verdade, almeja a vingança e não a resolução do problema, mesmo sendo um acordo pacífico o melhor para ela.

É, na verdade, através da mudança de pensamento e, consequentemente, de ação, que será vista a cultura de paz ser implementada na sociedade. Para tanto, um dos primeiros passos em busca disso é a gestão de conflitos, como aponta Dupret (2002), pois quando prevenimos conflitos, reconstruímos a paz e a confiança entre as pessoas, e essa missão é das escolas, da família, mas também de outras instituições como o Estado e locais de trabalho.

Comungando da conclusão com maestria de Júnior (2020) e das ideias de Dupret (2002), há, cada vez mais, a necessidade de se discutir novas formas de solução para os conflitos, visando continuar a desafogar as demandas do Poder Judiciário, como também é necessário, por meio de análises sob o prisma da Teoria dos Jogos, buscar formas de se alcançar conciliações satisfatórias e cada vez mais equânimes dessas ações em trâmite e de novos conflitos que vierem surgir.

Para tanto, é preciso urgentemente começar a implantar uma cultura de paz em nossa sociedade, buscando não acirrar ainda mais os conflitos, mas sim restaurar a confiança e incentivar acordos conciliatórios entre as partes.

Outro ponto que se mostra como empecilho para a aplicabilidade dessas

técnicas e teorias é o despreparo por parte dos representantes das partes, pois muitos advogados não são preparados, seja na faculdade ou na vida profissional, para lidar com negociações, saber quais casos são favoráveis ou não a uma conciliação, assim como a forma de preparar seus representados para esse tipo de sessões.

Schmitz (2003) comenta que muitos deles não identificam o problema, nem mesmo os interesses do outro lado, não vão com propostas prontas para discussão, ou quando fazem são irrealistas e inexequíveis, e tudo isso dificulta a persuasão e a proposição de acordos satisfatórios.

A autoria cita Murray et al., o qual, ao escrever o livro *Processes of Dispute Resolution*[6], fala sobre a necessidade de haver uma reestruturação no curso de Direito a fim de que os discentes possam desde já lidar com vários papéis a serem desenvolvidos diante de um problema, seja preparando clientes para resoluções alternativas de disputas, aconselhando-os acerca de quais passos deverão tomar caso elas sejam infrutíferas, enfim, devem agir como verdadeiros "arquitetos e engenheiros na resolução de disputa", como o próprio autor propõe, vendo o litígio com seus prós e contras e como uma alternativa de resolução, mas não a única.

Os próprios livros de prática não dão esse suporte técnico de como proceder diante de mediações/conciliações para chegar a bons acordos, o que dificulta ainda mais o acesso dos estudantes e profissionais a esse conteúdo.

Com isso, o que acontece nas conciliações é a figura do juiz tentando impor às partes que esse é o melhor caminho, quando na verdade elas estão envolvidas emocionalmente com o problema e seus advogados, por sua vez, ao invés de tomarem atitudes racionais frente à situação por conseguirem olhar o problema externamente, entram no jogo das partes e buscam o litígio como forma de vingança.

Além desse ponto crítico, ainda pode ser citado o fato de que a sociedade não dá o devido valor aos advogados que resolvem seus problemas de forma célere. Entendem que para valer a pena o valor pago o profissional precisa gastar muito tempo na causa.

Então, conforme aponta Michelle Tonon Barbado (2003), o retorno financeiro ainda não é desejável devido à desvalorização desse tipo de capacidade profissional, e essa é uma questão que apenas com o passar dos anos mudará, com a mudança de

[6] John S. Murray, Alan Scott Rau & Edward F. Sherman, Processes of Dispute Resolution, iv (2d ed.1996) [doravante Murray et al., Process of Dispute Resolution].

valores e a adesão da sociedade e dos advogados aos métodos alternativos de resolução de disputas.

Nessa ordem, a autora aponta saídas para facilitar a aquiescência aos métodos alternativos de resolução de disputa, como é o caso das ordens e conselhos de classes profissionais organizarem cursos, palestras e simpósios sobre as novas tendências processuais, destinados à reciclagem e aperfeiçoamento e neles, advogados, magistrados e membros da comunidade com experiência no uso dessas ferramentas darem seus depoimentos sobre a eficácia e as benesses dos procedimentos.

Somente a partir disso serão vistas mais conciliações e a implementação da teoria dos jogos nelas, porque infelizmente hoje em dia ainda não é comum de se ver no judiciário trabalhista brasileiro.

## 6. CONCLUSÃO

A presente pesquisa trouxe à tona as contribuições da teoria dos jogos para a conciliação trabalhista, abordando a definição e a origem da teoria, assim como seu desenvolvimento ao longo dos anos.

Dessa forma, conclui-se que ela é um ramo matemático que estuda as possibilidades de ações individuais existentes diante de determinado jogo, levando em consideração as possíveis ações individuais dos demais jogadores, para que, com isso, todos eles possam escolher sua melhor estratégia coletivamente.

Essa teoria surgiu a partir dos estudos de Émile Borel, especialmente ao constatar que o jogador precisa basear a sua jogada conforme a expectativa de jogada de seu adversário para então tomar uma decisão certeira.

Esse pensamento tornou-se conhecido quando houve a publicação do trabalho de John Von Neumann e Oskar Morgenstern, denominado *The Theory of Games and Economic Behavior* (Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico).

Posteriormente, John Forbes Nash Jr. mostrou um novo horizonte revolucionário para o método ao trazer a ideia de cooperação como possibilidade de maximizar ganhos individuais, o que antes era visto sob a perspectiva da competição.

Além disso, o matemático formulou a noção de equilíbrio, a qual posteriormente veio a ganhar seu nome (Equilíbrio de Nash), e é uma combinação de estratégias a serem escolhidas pelos jogadores, de maneira que nenhum deles faria

melhor se escolhesse outra alternativa, levando em consideração a estratégia tomada pelo outro.

Nesse sentido, com tais conceitos a teoria se difundiu ao longo dos anos e hoje em dia é possível encontrar a aplicação dela nos mais diversos ramos da ciência, seja no direito, na administração, na ciência política, biológica, na matemática, dentre outros ramos nos quais exista relações entre dois ou mais agentes que se envolvem estrategicamente em situações de interdependência buscando potencializar seus ganhos individuais.

Em um segundo momento, foi conceituada a conciliação dentre os diversos meios alternativos de resolução de conflitos existentes e explicou-se seu funcionamento especificamente no âmbito da justiça do trabalho.

Com isso, a partir das pesquisas foi possível concluir que a conciliação é uma forma de resolução de conflito de natureza não contenciosa, com caráter voluntário, além de ser informal e confidencial, a partir da qual as partes interagem para alcançar um acordo final com a ajuda de um terceiro, imparcial e estranho ao conflito, responsável por analisar o caso, apresentar o problema e seus desdobramentos, ouvir e orientar as partes nas possíveis soluções para o atrito.

Essa forma de agir, que está sendo cada vez mais incentivada pelo Poder Judiciário como forma de desafogar as demandas judiciais, proporciona às partes uma solução mais completa e definitiva do problema por atingir todas as nuances do conflito formado entre as partes, sejam elas psicológicas, sociológicas e/ou humanas, além da econômica e jurídica.

Além disso, é de suma importância salientar que os acordos, sejam judiciais ou extrajudiciais, que forem submetidos à homologação judicial serão avaliados previamente pelo magistrado quanto à sua regularidade formal e material para só então terem eficácia. Então, o juiz não está obrigado a homologar o acordo feito pelas partes.

No que diz respeito ao funcionamento da conciliação no âmbito da justiça do trabalho, ela foi possibilitada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, e o Brasil, como membro fundador dela, inseriu as Comissões de Conciliação Prévia desde 2000.

Hoje a Justiça do Trabalho brasileira é, reconhecidamente, quem mais investe nesses institutos alternativos, pois entende a necessidade e eficácia deles.

Nesse sentido, a conciliação trabalhista poderá ser extrajudicial, aquela que acontece nas Comissões de Conciliação Prévia, ou judicial, que ocorre em audiência, após a sua abertura e após aduzidas as razões finais, ao menos.

Poderá também se dar em forma de dissídio individual, sendo o conflito entre um empregador e um empregado, ou coletivo, no caso de se tratar de entidades representativas de ambas as partes.

De toda forma, prejudicada a conciliação, o juízo converte-se para arbitral e o processo segue seu trâmite normal, não onerando nenhuma das partes.

Essa maneira de solucionar o conflito se mostra muito eficiente, rápida e econômica quando comparada aos processos judiciais trabalhistas pois, tendo em vista a alta demanda da sociedade, acabam demorando um tempo superior ao razoável para serem elucidados, tornando a justiça tardia, que por vezes inclusive deixa de ser justiça.

Outrossim, é importante destacar o papel ativo na dinâmica processual que o juiz deve desempenhar para uma exitosa conciliação, seja percebendo o ponto chave para a solução do conflito, seja estabelecendo ações e reflexões para se chegar a essa solução.

Concluída essa etapa, passou-se a discutir a ideia do papel dos sindicatos na análise da paridade de armas necessária à conciliação, expondo a evolução histórica dos sindicatos e seus princípios norteadores.

Nessa perspectiva, o sindicato é composto por um grupo de pessoas de uma mesma profissão que decidem se unir em busca de melhorias para sua classe e para isso convencionam eleger, através de uma associação de direito privado, alguém que as representará e defenderá seus direitos, seja individual ou coletivamente, seja judicial ou administrativamente, respeitando o limite mínimo de um município.

Esse meio de representação dos trabalhadores surge com a indignação da classe obreira com o modo de produção capitalista, passa a ser implementado no Brasil após a abolição da escravidão e a Proclamação da República e hoje é consolidado e amparado constitucionalmente como entidade de classe integrante do tripé da democracia junto aos partidos e a imprensa.

No que diz respeito à sua organização e funcionalidade, primeiramente, os sindicatos podem ser hierarquicamente classificados em federações, confederações ou centrais sindicais, as quais se complementam e auxiliam reciprocamente, além de

existir um desmembramento interno para um melhor funcionamento.

Com isso, os sindicatos podem representar os interesses dos trabalhadores de forma individual, ou coletiva. Sendo coletivamente, pode se dar em favor de toda a categoria ou apenas dos associados.

De todo caso, são nítidos os grandes avanços e conquistas realizados até hoje pelos sindicatos, a força institucional presente neles, mas não se pode negar que há sempre a avançar em busca de uma atuação mais firme com o objetivo de conseguir ainda mais representatividade social para resguardar e amparar os direitos dos trabalhadores de forma mais perspicaz.

Assim sendo, tomando como norte a importância e influência dos sindicatos, torna-se clara a possibilidade de adoção dessa entidade como forma de garantir a paridade de armas entre empregador e empregado e fazer jus ao princípio da proteção, adotado na Justiça Trabalhista como norteador, visto que, conforme abordado anteriormente, a associação sindical tem justamente o papel de reivindicar direitos, negociar com os empregadores e barganhar e salvaguardar os direitos da classe, ou da pessoa, se for um dissídio individual, a ser representada.

Nesse caso, o sindicato atuaria representando seu associado, garantindo que haja mútuas concessões e se chegue a um consenso, e também que os direitos absolutamente indisponíveis, isto é, direitos sem os quais não seria garantido o mínimo para o trabalhador sobreviver, não sejam renunciados.

Percebe-se assim não haver renúncia de direitos e sim a transação deles, ou seja, trata-se de um ato bilateral de concessões mútuas ocorrido quando a lei permite e dentro da realidade, pois do contrário feriria princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Para todos os efeitos, não sendo possível chegar a um denominador igualmente bom para ambas as partes, ou se o trabalhador, com o auxílio do seu sindicato, perceber posteriormente que será mais favorável para si o litígio, é facultado a ele a qualquer momento essa possibilidade de não firmar o acordo e partir para a via judicial.

Então, essa teoria deve ser aplicada quando o risco da demanda seja considerado pela parte como favorável à conciliação, ou seja, levando em consideração o cálculo de eficiência e racionalidade.

Dando seguimento, a pesquisa foi finalizada trazendo as atualidades e

perspectivas da contribuição da teoria dos jogos na conciliação trabalhista.

A partir disso, foi possível perceber que a parte que previamente buscar entender o caso de maneira racional, analisando as possíveis condutas de seu oponente para só depois tomar uma decisão possível e salutar para todos, terá maiores chances de conseguir um resultado positivo tendo em vista o melhor poder de barganha frente ao seu adversário.

Assim sendo, será interessante ao empregado optar por essa forma alternativa de resolução de conflitos porque ela se mostra muito mais rápida se comparada à via litigiosa, o que vai ao encontro do princípio norteador da Constituição Brasileira de 1988 - Dignidade da Pessoa Humana – pelo fato dessas verbas serem de natureza alimentar e, portanto, terem um enorme valor.

Do contrário, muitos trabalhadores, mesmo precisando receber o quanto antes o que é lhe de direito a fim de satisfazer suas necessidades pessoais, acabam por desistir depois de se passar tanto tempo de disputa litigiosa, e até mesmo por entender que não vale mais a pena continuar se desgastando com tantas audiências e recursos. Inclusive essa é a estratégia de algumas empresas: postergar o processo até o empregador abandonar a causa.

Já o empregador, por sua vez, também perceberá os altos custos para manter um processo judicial, seja para produzir provas, seja para arcar com um bom advogado para recorrer das ações.

Além do mais, vindo a perder a demanda, arcará com os valores pleiteados, acrescidos de juros e de correção monetária, o que pode vir a ser, inclusive, causa de declínio para a empresa, fora o risco de perder um ótimo empregado cujo serviço agregaria para a empresa.

Esse entendimento se aplica tanto aos dissídios individuais quanto aos coletivos, e a estes últimos acrescente-se a grande economia processual, eficiência, uniformidade das decisões e duração razoável do processo gerada ao Poder Judiciário, que ao invés de resolver várias lides semelhantes, sobrecarregando a máquina estatal, fará isso de uma só vez e de maneira mais exitosa.

Então, a conciliação que conta com um juiz imparcial, proativo, com partes em iguais condições de barganha, tratando-se de direitos disponíveis e de um acordo exequível e interessante para ambas as partes, é uma excelente opção para quem visa rapidez e eficiência na solução de conflitos.

Com o intuito de viabilizar a exequibilidade e excelência do acordo foi trazido à tona a Teoria dos Jogos, pois o objetivo dela é a cooperação entre as partes para a análise da melhor forma de resolver do conflito, sendo a melhor maneira aquela benéfica para ambas as partes, sob pena do acordo não ser firmado. Isso evita novas discussões, pois permeia a sensação de que os direitos de ambos os polos foram salvaguardados da melhor forma possível.

Assim, certos da eficiência da teoria dos jogos e da conciliação, o impasse para que as pessoas não apostem mais nelas é, dentre outras questões, o desconhecimento e a descrença de que possa existir um bom acordo, mesmo pautado em teorias cientificamente comprovadas, como é o caso da teoria dos jogos.

Isso se dá porque a maioria das pessoas só entendem como justa uma decisão dada por um juiz togado, tanto pela simbologia construída da figura do juiz, quanto pela ideia de penalizar a parte contrária, ou seja, pelo desejo de vingança.

Então, investir na culta de paz é o elemento fundamental para mudar esse pensamento, e isso se dará por meio da educação de crianças, jovens e adultos sobre respeito, princípios, justiça, liberdade, direitos em geral e também os humanos, tolerância, igualdade, solidariedade, e ainda acrescento, sobre formas de negociação e como ela pode ser frutífera.

Além disso, é importante que a Justiça Trabalhista incentive ainda mais essa forma de solução de conflito, seja tornando o processo mais rápido, seja diminuindo os custos da demanda, para as pessoas se interessarem mais em buscar bons acordos.

Outro ponto que se mostra como empecilho para a aplicabilidade dessas técnicas e teorias é o despreparo por parte dos advogados, que ao se verem diante de um caso em seu escritório não identificam o problema e suas nuances, não buscam conhecer a parte contrária, não vão com propostas prontas para discussão, ou quando fazem são irrealistas e inexequíveis.

Nesse sentido, é clara a necessidade de haver uma reestruturação no curso de Direito a fim de que os discentes possam desde já lidar com os desafios de se chegar a um bom acordo, seja identificando interna e externamente o problema, seja buscando conhecer os interesses da outra parte.

Só assim é possível preparar bem seus futuros clientes para conciliações, aconselhando-os acerca de quais passos deverão tomar, tanto para salvaguardar seus interesses, quanto para os casos em que o acordo se mostre desfavorável ou mesmo

infrutífero.

A questão é tão problemática que os próprios livros de prática jurídica não dão esse suporte técnico de como proceder diante de mediações/conciliações para chegar a bons acordos, o que dificulta ainda mais o acesso dos estudantes e profissionais a esse conteúdo.

Com isso, o que acontece nas conciliações é o juiz tentando impor às partes que esse é o melhor caminho, quando na verdade elas estão envolvidas emocionalmente com o problema, e seus advogados, por sua vez, ao invés de tomarem atitudes racionais frente à situação por conseguirem olhar o problema externamente, entram no jogo das partes e buscam o litígio como forma de vingança.

Fora isso, infelizmente a sociedade não dá o devido valor, e consequentemente respaldo financeiro, aos profissionais do direito que resolvem seus problemas de forma célere. Ao contrário, têm o pensamento de que para valer a pena o valor pago o profissional precisa gastar tempo na causa e brigar para prevalecer seus interesses a todo custo.

Então a mudança deve ocorrer de ambas as partes, seja da sociedade, como já foi falado, seja pela categoria profissional. Neste último caso, a própria Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e os tribunais podem oferecer cursos e palestras aos seus filiados e servidores, com a participação de pessoas que já tenham experiência no uso dessas ferramentas, a fim de incentivar a adoção delas por todos os profissionais da área.

Somente a partir disso serão visualizadas mais conciliações e a implementação da teoria dos jogos nelas, porque infelizmente hoje em dia ainda não é amplamente aceito no judiciário trabalhista brasileiro pelos que o buscam e consequentemente pelos que o movimentam.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília/DF: Grupos de Pesquisa, 2003.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 nov. 2020.

BRASIL. Presidente da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Portal da Legislação**, Brasília, maio 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 nov. 2020.

BRASIL. Presidente da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Portal da Legislação**, Brasília, janeiro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#negociojuridico>. Acessoem: 04 nov. 2020.

BRASIL. Presidente da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Leinº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Portalda Legislação**, Brasília, maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 04 nov. 2020.

BRASIL. Presidente da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, setembro 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 04 jul. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da mediação e conciliação no Brasil. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.354-369 maio 2017. Disponível em:<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumeI/revistafonamec_ numero1volume1_354.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. VERMONDE, Mayara dos Santos. Justiça do trabalho e ação coletiva – uma nova postura a partir dos princípios da lei nº 13.467/2017. **Associação dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região,** Curitiba, 15 de fev. 2019. Disponível em: http://www.amatra9.org.br/artigo-justica-do-trabalho-e-acao-coletiva-uma-nova-postura-a-partir-dos-principios-da-lei-no-13-467-2017/. Acesso em: 07 jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. A mediação e a Conciliação no Novo CPC. **Instituto Brasileirode Direito de Família (IBDFAM),** Belo Horizonte, 08 jun. 2015. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1038/A+media%C3%A7%C3%A3o+e+a+concilia%C3%A7%C3%A3o+no+novo+CPC#:~:text=O%20CPC%20determina%20que%20os,de%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20(art.&text=Todos%20os%20processos%20iniciam%20por,por%20conciliador%20ou%20mediador%20judicial>. Acesso em: 04 nov. 2020.
William Ury Getting to Yes. Disponível em: <https://www.williamury.com/pt-br/o-fazedor-da-paz/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim:** como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

JUNIOR, Elias Ibrahim Nemes. A teoria dos jogos e a solução de conflitos após a reforma trabalhista. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 21 fev. 2020. Disponível em:https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54256/a-teoria-dos-jogos-e-a-soluo-de-conflitos-aps-a-reforma-trabalhista. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho; CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil). Ato Conjunto n. 9/TST.CSJT.GP, de 11 de março de 2016. Boletim Interno [do] Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 11, p. 4, 18 mar. 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/81344>. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ato n. 168/TST.GP, de 4 de abril de 2016. Boletim Interno [do] Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 14, p. 10-11, 8 abr. 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/82592>. Acesso em: 02 ago. 2021.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil); BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recomendação n. 2/CSJT.GVP, de 25 de maio de 2020. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2979, p. 1, 25 maio 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/172351>. Acesso em: 02 ago. 2021.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil). Recomendação n. 1/CSJT.GVP, de 25 de março de 2020. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2942, p. 3-5, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/169693>. Acesso em: 02 ago. 2021.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil). RESOLUÇÃO CSJT n. 174, de 30 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb- bccacf94fab4&groupId=955023>. Acesso em: 02 ago. 2021.

MATTEI, Taíse Fátima. PARRÉ, José Luiz. Reforma Trabalhista e Rescisão dos Contratos de Trabalho: uma análise à luz da Teoria dos Jogos. **Revista Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 10, n. 3, p. 126-150 set/dez. 2019. Disponível em:<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/11192>. Acesso em: 20ago. 2020.

NASCIMENTO, Aline Trindade do. FRITZ, Karen Beltrame Becker. Reflexões sobre a teoria dos jogos na mediação. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, Santa Maria, v. 11, n. 2, p. 654-671 abril/ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22004/pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 13. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS (CONFLITOS INDIVIDUAIS). **Justiça do Trabalho: TRT DA 2ª Região (SP)**. São Paulo, 9 de junho de 2021. Disponível em: <https://ww2.trt2.jus.br/institucional/o-trt-2/portal-da-conciliacao/nucleo-permanente- de-metodos-consensuais-de-solucao-de-disputas-conflitos-individuais/>. Acesso em:03 ago. 2021.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. **Teoria do Juízo Conciliatório**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, 2013. 70 p. 2º Curso de Formação de Formadores em Teoria do Juízo Conciliatório (Notas de Aula). Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&sqi=2&ved=0CDEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.enamat.gov.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2013%2F06%2FCFF-2013-TGJC-Adriana-Goulart-Apostila-do- Curso.doc&ei=9ruUUpWwN4fP2QXJk4CICg&usg=AFQjCNGx_6R884ZhdWYSJJpceBhuQ9JbDw&sig2=JSrKFuFFLDtM_VGe32o4oA&bvm=bv.57155469,d.b2I>. Acessoem: 19 ago. 2020.

PIMENTA, José Roberto Freire. FERNANDES, Nadia Soraggi. A IMPORTÂNCIA DA COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO TRABALHISTA. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 45-60, jul./dez. 2007. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Jose_Nadia.pdf. Acesso em: 07 jul. 2021.

RESENDE, Roberta. As regras do Direito e as regras dos jogos – Ensaio sobre a teoria analítica do Direito. **Migalhas**, local, 9 dez. 2011. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/coluna/lauda-legal/146436/as-regras-do-direito-e-as-regras-dos-jogos---ensaio-sobre-a-teoria-analitica-do-direito. Acesso em: 23 fev. 2021.

SALGADO, Priscila Mascarelli. **Conciliação como forma de solução de conflito no Direito: Teoria dos Jogos Aplicada à conciliação trabalhista**. 2009. 230 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8772/1/Priscila%20Mascarelli%20Salgado.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

VIÉGAS, Rodrigo Nuñez. O campo da resolução negociada de conflito: o apelo ao consenso e o risco do esvaziamento do debate político. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n.21, pp. 7-44 dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522016000300007&lng=en&nrm=isso>. Acesso em: 19 ago. 2020.

VITALE, Carla Maria Franco Lameira. SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Aplicação da Teoria dos Jogos na Mediação de Conflitos: o Equilíbrio de Nash como Estratégia de Maximização de Ganhos. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 94-110 maio 2017. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumeI/revistafonamec_numero1volume1_94.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

# **ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES MILITARES:** A VIOLAÇÃO DOPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Lorenna de Lima Angelo[1]
Fábio Fidelis de Oliveira[2]

**RESUMO**

As Instituições Militares tem como pilares principais a hierarquia e a disciplina, e por conseguinte possui uma estrutura verticalizada que gera um ambiente favorável ao desenvolvimento do assédio moral. Tal violência é um grave fenômeno social que na maioria das vezes é ignorado ou escondido por medo e vergonha, no entanto, tem chamado muita atenção dos aplicadores do direito por se tratar de uma relação humana capaz de gerar grandes consequências no mundo jurídico. Dessa forma, o objeto do presente trabalho é refletir de que maneira essa violência pode ser reconhecida no âmbito militar, quais as suas possíveis causas e consequências para a vítima, o agressor e para a Brigada Militar, quais as dificuldades encontradas pela vítima ao ajuizar uma ação que cobra do legislador um melhor posicionamento, haja vista que não há tipificação da conduta, a ocorrência do assédio moral e não observância ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana presente na Constituição Federal. Essa pesquisa terá como método de procedimento o histórico, que visa explicar a evolução histórica da violência em questão e o método de pesquisa bibliográfica que irá analisar fontes secundárias como; Decreto-Lei Nº 6.227, de 24 de Janeiro de 1944; Decreto-Lei N° 2.848, de Dezembro de 1940 ;Decreto-Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; jurisprudências dos Tribunais Penais Militares. Em conjunto com o método de abordagem dedutivo, que objetiva explanar o objeto das alegações em busca de umasíntese crítica que possa acrescer a Ciência do Direito.

**Palavras-chave:** Assédio moral. Ambiente militar. Hierarquia. Disciplina. Violência.

**MORAL HARASSMENT IN THE FAMEWORK OF MILITARY RELATIONS:**

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: lorenna.angelo01@gmail.com
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.E-mail: fabiofidelis7@gmail.com

VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF HUMAN PERSONS

**ABSTRACT**

The main pillars of Military Institutions are hierarchy and discipline, and therefore have a vertical structure that creates a favorable environment for the development of bullying. Such violence is a serious social phenomenon that most of the times is ignored or hidden by fear and shame, however, it has attracted a lot of attention from law enforcers because it is a human relationship capable of generating great consequences in the legal world. Thus, the object of this work is to reflect on how this violence can be recognized in the military context, what are its possible causes and consequences for the victim, the aggressor and for the Military Brigade, what are the difficulties encountered by the victim in proving the occurrence of moral harassment and non-compliance with the Principle of Human Dignity present in the Federal Constitution. This research will have the historical method of procedure, which aims to explain the historical evolution of the violence in question and the bibliographic research method that will analyze secondary sources such as; Decree-Law No. 6.227, of January 24, 1944; Decree-Law No. 2,848, of December 1940; Decree-Law No. 10.406, of January 10, 2002; Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988; jurisprudence of the Military Criminal Courts. Together with the deductive approach method, which aims to explain the object of the claims in search of a critical synthesis that can add to the Science of Law.

**Keywords**: Bullying. Military envionment. Hierarchy. Dscipline. Violence.

## 1. INTRODUÇÃO

O assédio moral é uma prática antiga presente nas relações militares e que vem sofrendo uma grande evolução histórica que permite que nos dias atuais esse fenômeno social seja mais discutido. A constante busca por ascensão, respeito, poder e temor no meio militar faz com que os servidores esqueçam da moral e dos princípios que conduzem a relação de trabalho e de convivência em grupo. Disso, temos como resultado o tratamento degradante que suscita um processo contínuo de assédio moral, que por

conseguinte é um fenômeno social grave e é muitas vezes ignorado por medo e vergonha, mas que cada vez mais chama atenção por suas causas e consequências no mundojurídico.

Sabendo disso, considera-se a realização desse trabalho bastante oportuna uma vez que muitos militares, na Brigada Militar ou em ambientes similares sofrem com o mesmo inconveniente em questão, o assédio moral e por isso são sujeitados a passar por situações de humilhação, tratamento hostil diante de seus colegas, além disso, sofrem perseguições e são penalizados por coisas insignificantes.

Na maioria das vezes, quem detém o maior poder hierárquico faz uso de sua autoridade para cometer atos de natureza ilícita, expondo seus subordinados a situações que configuram o assédio moral e por conseguinte viola um grande princípio constitucional, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, presente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Os militares estão sujeitos, mais que outros trabalhadores, a sofrer esse tipo de violência, por uma longa e antiga construção estrutural da instituição e porque ambicionam cargos mais altos e não há uma distinção clara dentro das corporações do que vem à ser a hierarquia e a disciplina.

Esse conteúdo ainda é muito pouco discutido na academias, pois não possui tipificação no Código Penal, tal conduta não está presente no Código civil, nem tão pouco no Código Penal Militar, embora já tenha sido trabalhado por diferentes autores e de diferentes maneiras. O autor considerado precursor nos estudos do tema é o médico e pesquisador alemão Heinz Leymann, que iniciou seus estudos a respeito das adversidades no trabalho no começo dos anos de 1980. Já no Brasil, o tema de assédio moral nas relações de trabalho pode ser considerada recente com a tese de doutorado desenvolvida por Margarida Barreto, no ano de 2000, na Pontífica Universidade Católica de SãoPaulo, denominada “Uma jornada de humilhações“.

Desse modo, o tema em discussão ainda é muito confundido pela vítima com outros atos ilícitos, pois ainda é minimamente explorado na prática jurídica, então, para que exista uma maior limitação e entendimento do tema em desenvolvimento, é necessário que se faça uma breve conceituação do que vem a ser o assédio moral na perspectiva de autores que estudam sobre o tema.

Frente a várias formas de cometer esse tipo de assédio, fica explícito a violação de um dos maiores e mais importantes princípios fundamentais salvaguardados pela

Constituição Federal, em seu artigo 1º, incisos III que versa sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a prática desse tipo de violência produz um ambiente degradante de trabalho. Margarida Barreto apresenta em seu conceito tais palavras:

> É a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego. (BARRETO, 2000,np).[3]

Por fazer parte de um ambiente militar, no qual desde a sua inserção, lhe foi pregada a submissão, é difícil identificar o assédio moral, apesar de possuir um conceito simples como mostra Marie France Hirigoyen:

> Pequenos atos perversos são tão corriqueiros que parecem normais. Começam com uma simples falta de respeito, uma mentira ou uma manipulação. Não achamos isso insuportável, a menos que sejamos diretamente atingidos. Se o grupo social em que tais condutas aparecem não e manifesta, elas se transformam progressivamente em condutas perversas ostensivas, que têm consequências graves sobre a saúde psicológica das vítimas. Não tendo certeza de serem compreendidas, estas se calam e sofrem em silêncio. (HIRIGOYEN, 2011,p. 9).[4]

Por isso, reforço que é necessário realizar o presente estudo, pois por falta de informação a respeito desse tipo de violência, muitos casos são deixados passar por despercebido ferindo princípios fundamentais inerentes a pessoa humana.

Diante da breve exposição que já foi apresentada, surge a seguinte problemática: Como o assédio moral pode ser reconhecido no ambiente de trabalho militar e quais são as dificuldades encontradas pelas vítimas em evidenciar o acontecimento do fato?

O objetivo geral da pesquisa é conseguir conceituar o que é o assédio moral na Brigada Militar e quais são os obstáculos vividos pelas vítimas em conseguir provar que sofreu essa violência. Como objetivos específicos iremos verificar as possíveis causas e consequências para a vítima, o agressor e a Instituição Militar; analisar o Código Penal, o Código Penal Militar e o Código Civil, haja vista que em nenhum existe a presença desse

[3] BARRETO, Margarida. Assédio moral no trabalho. Chega de humilhação. O que é assédio moral?Disponível em: https://tede2.pucsp.br Acesso em: 22 jul. 2021.
[4] HIRIGOYEN, Marie France. Assédio moral a violência perversa no cotidiano. Rio de Janeiro: BertrandBrasil, ~~2011, p.9.~~ Disponível em: https://www.estante virtual.com.br Acesso em: 22 de jul. 2021.

tipo de conduta; a assimetria presente no tratamento de trabalhadores civis e militares; a evolução histórica do assédio moral; analisar jurisprudências dos Tribunais Militares com o objetivo de obter conhecimento a cercados entendimentos dos magistrados.

O método de abordagem é um meio de procedimento usado na execução da pesquisa científica, o presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como método de abordagem o dedutivo, isto é, aquele que permite ao pesquisador explanar o objeto das alegações que serão defendidas na pesquisa, nesse caso apresentar se de fato a hierarquia e a disciplina se confunde no meio militar. Partindo da premissa maior de que há essa confusão. Esse tipo de procedimento vem sido bastante usado por pesquisadores mais formalistas.

Para um melhor entendimento do tema que foi apresentado, o método de procedimento utilizado será o histórico, inicialmente apresentando a evolução do assédio moral e após isso analisar e identificar o problema no meio militar, além de demonstrar quais são as características que cada uma das partes possuem.

O método de pesquisa utilizado será o bibliográfico, uma vez que serão feitas pesquisas em fontes secundárias como; Decreto-Lei Nº 6.227, de 24 de Janeiro de 1944; Decreto-Lei N° 2.848, de Dezembro de 1940 ;Decreto-Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; jurisprudências dos Tribunais Penais Militares, assim como artigos, teses, periódicos,livros e monografias.

## 2. ASPECTOS GERAIS DO ASSÉDIO MORAL

### 2.1 CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE MILITAR

Mesmo que na maioria das vezes a prática do assédio moral seja retratada no ambiente militar de maneiras que tornem difícil a sua percepção, ela pode gerar grandes traumas e prejudicar a relação trabalhista. Atualmente, percebe-se que na sociedade pouco se valoriza os valores éticos e morais e isso gera o favorecimento de práticas de variados tipos de violências.

Como define Jorge da Silva (2006. np.) “a violência perversa e silenciosa do cotidiano”, o assédio moral pode ser definido como a sujeição a condições constrangedoras e humilhantes de modo repetitivo e prolongado durante a sua jornada

de trabalho e até fora dela. Desse modo, os militares mesmo que prontos para saber lidar com variadas situações de pressão, nessas situações não comporta-se apenas com a razão, sendo emocionalmente acometido com facilidade, haja vista que já possui uma rotina cansativa, estressante e exaustiva.

Ações e expressões em tons de brincadeira que no fundo se apresentam como assédios desumanos e psicologicamente cruéis, são deferidos a todo tempo e vale ressaltar que não há limites para a mente humana quando o assunto é ferir direitos, na medida em que se utiliza de terror psicológico, geralmente expondo o violentado a situações humilhantes, lhe ordenando a realização de tarefas absurdas ou de difícil desempenho, e o ridicularizando frente a sua tropa.

Observemos o que impõe o a Decreto nº 43.245 de 19 de julho de 2004, que institui o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar do Estado do Rio Grande Sul:

> Art. 1º - O Regulamento Disciplinar da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul tem a finalidade de especificar e classificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas às punições disciplinares, os recursos, o comportamento policial-militar das Praças e as recompensas policiais-militares.
> § 1º - A camaradagem é indispensável à formação e ao convívio entre os integrantes da Corporação, devendo estes primar pela melhor relação social entre si.
> § 2º - Incumbe ao superior hierárquico incentivar e manter a harmonia e a amizade entre seus subordinados.[5]

Desse modo, fica estabelecido que a camaradagem é necessária para a formação e o convívio entre os membros da Corporação e que é de responsabilidade do superior hierárquico incentivar e cativar a harmonia entre seus subordinados. No entanto, na maioria das vezes a violência vem do superior hierárquico e seu subordinado se submete a isso por medo de represálias. Com isso, podemos perceber que a Brigada Militar é um ambiente fértil para o acontecimento do assédio moral.

## 2.2 CLASSIFICAÇÃO

O assédio moral compreende duas modalidades: o vertical (com subdivisão em ascendente e descendente) e o horizontal. O vertical descendente é o exercido entre indivíduos de distintos níveis de hierarquia que estão envolvidos em uma relação de

[5] RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 43.245 de 19 de julho de 2004 – Regulamento Disciplinar daBrigada Militar. 1.ed. Porto Alegre: Polost, 2004, p. 12.

subordinação, podendo ser descendente, uma vez que é realizado por superior hierárquico, tanto ele próprio como alguém escolhido por ele a cargo de chefia, essa é a categoria mais verificada de assédio moral, pois há uma assimetria entre os indivíduos envolvidos. O vertical ascendentes é observado quando o hierarquicamente inferior agir de maneira que assédio seu superior, esse tipo de violência acontece raras vezes, haja vista que há um receio por parte dos subordinados a sofrer algum tipo de penalização vinda de seu superior.

A categoria horizontal é praticado entre indivíduos que estão no mesmo nível hierárquico, sem relação de submissão entre si, isso advém do resultado de um alto nível de competitividade estimulado pela própria Corporação em busca de alcançar resultados melhores, dessa forma, a condutada que é gerada são de comportamentos desrespeitosos, agressivos s indiferentes um para com o outro.

## 2.3 SUJEITOS

Nessa relação laboral são identificados dois tipos de agentes: o assediador e o assediado, sujeito ativo e sujeito passivo, respectivamente. Desse modo, é crucial que se análise os indivíduos a fim de buscar identificá-lo. Pode-se afirmar que o principal causador do assédio moral é o empregador, uma vez que ele concentra o maior poder de gerência, administração, organização e ainda o controle a disciplina que pode gerar desde uma simples advertência a uma demissão.

Nesse caso, poderá ser vítima o superior hierárquico quando se tratar de um assédio vertical ascendente, dessa forma o sujeito do polo passivo do assédio moral e aquele que sofre as reiteradas agressões, que causam danos mentais e físicos, muitas vezes irreversíveis. Vale ressaltar que no polo passivo da relação, também pode figurar os familiares, cônjuges e companheiros do violentado, que indiretamente sofrem com efeitos nefastos dessa violência.

## 2.4 CONSEQUÊNCIAS

### 2.4.1 CONSEQUÊNCIAS PARA A VÍTIMA

O assédio moral desencadeia um fator de risco capaz de atingir de modo grave a

saúde do violentado, tanto de forma psíquica, como física, desencadeando até pensamentos suicidas naqueles em que há uma depressão profunda. Esses tipos de consequências são análogas a doenças de trabalho. Como afirma Marie-Fran Hirigoyen "Não se morre diariamente de todas essas agressões, mas perde-se uma parte de si mesmo. Volta-se para casa a cada noite exausto, humilhado, deprimido"

De acordo com a advogada e professora Regina Rufino, essas ações de agressividade fazem com que o violentado sinta emoções negativas, como angústia, medo, vergonha, ansiedade o que desencadeia um complexo de inferioridade. Os demais militares que toleram o assédio, produzem um fenômeno chamo de "holística", onde o agressor com tamanha malícia influencia outros indivíduos a compactuar com sua conduta, intensificando ainda mais a sensação de impotência do violentado.

Em razão das constantes humilhações e constrangimentos a que é submetida o militar e ainda tendo que frequentar diariamente um ambiente de trabalho cruel e hostil, o assédio moral atinge diretamente a sua dignidade, consolidada em um dos Princípios Fundamentais do Estado Democrático de Direito, mais importantes da Constituição Federal de 1988, presente em ser art. 1º, inciso III, que dispõe:

> 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;[6]

Os danos gerados pelo assédio moral perpassam a ordem psíquica da vítima e atinge a sua estrutura familiar e causa efeitos destrutivo de grande relevância que também atinge a esfera física e mental dos familiares, sendo os filhos e o cônjuge ou companheiro os mais atingidos. Por isso que José Carlos Ferreira afirma:

[6] BRASIL. Constituição Federal. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.

> trabalhador que sofre agressão moral com frequência tem sua autoestima deteriorada, apresentando-se deprimido, desestimulado e, por conseguinte, com menor rendimento no trabalho. Referidos estados de ânimo acabam por afetar seus familiares, em especial o relacionamento com o cônjuge e os filhos. Muitos se deixam levar, num passo seguinte, pelo consumo de álcool, tabaco e até mesmo de drogas, na ilusão de se reequilibrarem emocionalmente, dentro e fora do ambiente de trabalho. As alternativas que se lhe apresentam, entretanto, são a demissão voluntária ou a dispensa por justa causa, a dificultar-lhes a reinserção no mercado de trabalho.[7] (FERREIRA, 2006)

### 2.4.2 CONSEQUÊNCIAS PARA A CORPORAÇÃO

Nos casos em que a corporação foi conveniente com quem realizou a agressão ou não evitar a ocorrência do assédio, sofrerá com sua própria conduta, uma vez que a vítima passará a ter uma baixa produtividade no seu meio, Pois o resultado da produtividade do empregado está diretamente ligado à sua satisfação no ambiente de trabalho, por esse motivo é necessário que o ambiente ofereça condições dignas para que os trabalhadores de maneira confortável desempenhe as suas funções. Como afirma Rosemari Pedrotti de Ávila "a queda na produtividade em um local de trabalho maculado pelo assédio moral é bastante visível e oneroso para a organizaçãoempresarial".

## 2.5 DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO

Como já foi abordado, o assédio moral traz grandes danos a quem sofre essa violência, entre eles o próprio dano moral. É assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6º, que as pessoas jurídicas de direito público prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos causados a terceiros por seus agentes, lhe assegurando também o direito à ação de regresso, quando nesses casos o dano for causado com dolo ou culpa.

Desse modo, no ambiente militar aquele que sofre com o assédio moral poderá buscar o devido reparo e a Administração Pública ocupará o polo passivo da demanda, uma vez que aplica-se a esses caos o Princípio da Responsabilidade Objetiva, e para que se caracterize a responsabilidade civil do Estado é necessário a prova da ocorrência do fato, do nexo causal e do dano.

[7] FERREIRA, José Carlos. Violência no local de trabalho: assédio moral. Consulex, Brasília: Junho/Junho, v. 10, n. 227, 2006.

## 3. PILARES MILITARES

### 3.1 OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA E ASSÉDIO MORAL

Este é o ponto alto da discussão em questão, haja vista, que os militares, desde sua inclusão na Corporação foram expostos à cultura da submissão em detrimento ao respeito à hierarquia e disciplina militar, por esse motivo passam a ter dificuldades na identificação do que é assédio moral, vejamos a seguir o que Marie France Hirigoyen fala a respeito.

> pequenos atos perversos são tão corriqueiros que parecem normais. Começam com uma simples falta de respeito, uma mentira ou uma manipulação. Não achamos isso insuportável, a menos que sejamos diretamente atingidos. Se o grupo social em que tais condutas aparecem não se manifesta, elas se transformam progressivamente em condutas perversas ostensivas, que têm consequências graves sobre a saúde psicológica das vítimas. Não tendo certeza de serem compreendidas, estas se calam e sofrem em silêncio.[8] (HIRIGOYEN, 2011,np)

Os estatutos criados para a regulamentação das relações militares trazem consigo obrigações, direitos e prerrogativas dos servidores militares, além de trazer princípios militares de grande importância para a Brigada, como o respeito à hierarquia, disciplina e plena obediência. Entretanto, não podemos embaralhar tais princípios com a falsa percepção de um poder absoluto possuído pelos hierarquicamente superiores ou abuso de poder praticado pelos mesmos, pois mais importante que os princípios militares são os Princípios Constitucionais, tais quais o respeito à Dignidade da Pessoa Humana. Desse modo, como afirma Rogério Greco:

> A grande questão é que o Abuso de Poder ocorre de forma cotidiana e sutil, sem que haja maior ostensividade na ação assediosa. Apesar dos movimentos eticistas contemporâneos, bem como os dispositivos legais como da Legítima Defesa e do Contraditório, é contumaz a ação assediosa de comandantes contra subordinados. Tal realidade conduz ao nervosismo, distúrbios de sono, enxaquecas, distúrbios digestivos, dores de coluna, embriaguez, etc., conduzindo a estresses prolongados que promovem o afastamento e reforma de militares por problemas psicológico.[9] (GRECO, 2012, p.62.)

Como bem explícita a Lei Complementar nº10.990, de 18 de agosto de 1997, em

[8] HIRIGOYEN, Marie France. Assédio moral a violência perversa no cotidiano. Rio de Janeiro: BertrandBrasil, 2011, p.
[9] GRECO, Rogério. Atividade policial: aspectos penais, processuais, administrativos e constitucionais.Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 62.

seu artigo 33º : " A subordinação decorre, exclusivamente, da estrutura hierárquica da Brigada Militar e não afeta a dignidade pessoal do servidor militar". Desse modo, o superior hierárquico não pode se valer de sua posição e dos princípios militares para cometer práticas abusivas que causem lesões aos seus subordinados.

## 3.2 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

A base de qualquer Instituição Militar deve ser a justiça, pois somente respeitando o devido processo legal e as garantias constitucionais será alcançado os objetivos do Estado Democrático de Direito. Então ao conferir uma sanção ou uma ordem, o sujeito hierarquicamente superior deve se atentar aos limites expressos por lei, para que seja um ato válido e eficaz de acordo com os princípios das normas previstas constitucionalmente, a fim de evitar excessos e dar origem a prática do assédio moral. Visto que os militares só são obrigados a executar as ordens que são pautadas em lei e nos estatutos militares, desde que, não sejam conflitantes com os direitos constitucionais e com a ética.

Desse modo, a conduta profissional do militar deve ser razoável e proporcional à situação fática vivida no momento, prezando pelo respeito e espírito de camaradagem previstos nos artigos 3º e 4º do Regulamento Disciplinar do Exército. Como vemos a seguir:

> Art. 3º A camaradagem é indispensável à formação e ao convívio da família militar, contribuindo para as melhores relações sociais entre os militares.
> § 1º Incumbe aos militares incentivar e manter a harmonia e a amizade entre seus parese subordinados.
> § 2º As demonstrações de camaradagem, cortesia e consideração, obrigatórias entre os militares brasileiros, devem ser dispensadas aos militares das nações amigas.
> Art. 4º A civilidade, sendo parte da educação militar, é de interesse vital para a disciplina consciente.
> § 1º É dever do superior tratar os subordinados em geral, e os recrutas em particular, com interesse e bondade.[10]

## 4. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De início é importante relembrar o conceito de princípio que segundo Plácido e Silva, princípio "significa as normas elementares ou os requisitos primordiais

[10] Decreto n° 2.040, de 21 de outubro de 1996. Aprova o **Regulamento** de Movimentação para Oficiaise Praças do **Exército**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto

instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica" e ainda, "Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito", dessa maneira , fica claro que os princípios são fundamentais para o direito e todas as ações jurídicas se originam deles.

Os princípios fundamentais ocupam o mais alto lugar na escala normativa e estão dispostos no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e são: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais de trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

Ao falar em dignidade, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira afirma que é "Decência, decoro", mas ao falar de dignidade da pessoa humana nos deparamos como uma forma de tratamento, logo todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa. Assim, podemos afirmar que a dignidade consiste em uma cadeia de direitos morais salvaguardados ao homem, por meio do direito e que conduzem sua vida social, visando sempre o bem estar individual e social.

Orlando Teixeira da Costa também fala sobre o significado de dignidade, como:

> A palavra dignidade provém do latim – dignitas, dignitatis – e significa, entre outras coisas, a qualidade moral que infunde respeito, a consciência do próprio valor. Ao falar-se em dignidade da pessoa humana quer-se significar a excelência que esta possui em razão da sua própria natureza. Se for digna qualquer pessoa humana, também o é o trabalhador, por ser uma pessoa humana. É a dignidade da pessoa humana do trabalhador que faz prevalecer os seus direitos estigmatizando toda manobra tendente a desrespeitar ou corromper de qualquer forma que seja esse instrumento valioso, feito à imagem de Deus.[11] (GOMES, 1998)

Carlos Henrique Bezerra Leite fala que:

> A Carta de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), o que permitiu a positivação dos direitos de inviolabilidade à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra das pessoas, assegurando indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação. E conclui dizendo que "Os direitos de personalidade são espécies de direitos inerentes à dignidade

[11] GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense,1998.

> humana que têm por objeto a proteção da incolumidade física, psíquica e moral da própria pessoa. (LEITE, 2005)[12]

Desse modo, fica fácil de entender porque a Constituição Federal de 1988 adotou em seu artigo 1º, inciso III o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e porque ele está em um patamar de tão alto respeito. Pois além de ser intrínseco ao indivíduo também orienta a interpretação das normas do início ao fim, logo a atuação dos entes públicos devem estar de acordo e respeitando as relações humanas, embora exista superior que não se adapta e perpassa os níveis éticos e morais do militarismo e proporcionam grandes prejuízo a seus subordinados, dessa forma o cometimento do assédio moral é certo.

## 4.1 A RELAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COM O PRINCÍPIODA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao analisarmos profundamente o assédio moral, fica evidente que o mesmo alcança de maneira clara os direitos da personalidade, que são presentes o Código Civil e assegurados constitucionalmente pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, desse modo, o cometimento do assédio moral fere os direitos da personalidade e diretamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, portanto se configura em uma conduta inconstitucional.

Com os conceitos e definições que foram apresentados anteriormente a cerca do que é assédio moral podemos chegar a conclusão que, seja em qualquer tipo de relação pessoal ou profissional essa violência se concretiza um efetivo dano à integridade moral e psíquica do indivíduo e dessa forma também ocorrerá um dano ao direito da personalidade.

Em síntese, pudemos perceber que essa violência atingiu a integridade psicofísica do indivíduo, gerando uma grave ofensa aos preceitos normativos, em especial no que tange o respeito à Dignidade humana.

## 5. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÕES TRATANDO SOBRE O ASSÉDIO MORAL

[12] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do Direito Constitucional do Trabalho. Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória – FDV, Vitória–ES: Janeiro/Dezembro, v. 4, n. 9, 2005.

Na Brigada Militar as ações que ensejam violência são muito frequentes, no entanto mais que em qualquer outro lugar as denúncias quase não acontecem, visto que existe a força da hierarquia, disciplina e do medo de desrespeitar os princípios militares e sofre com represálias por parte dos superiores.

Além disso, a maior parte dos militares não são encorajados por lei em apresentar sua denúncia, pois o assédio moral não está previsto no âmbito penal, ou seja, não existe tipificação nem uma sanção para essa violência, existem apenas ações equiparadas ao assédio moral que são dispostas no Código Penal Militar como os artigos 174 a 176, 205, 207, 209, 213, 215 a 217.

Existe um projeto de lei para reformar o Código Penal e acrescer o artigo 146- A que dispõe exclusivamente a respeito do assédio moral no trabalho, o projeto de lei encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça do Senado e de acordo com ela, a causa somente será iniciada após a vítima representar contra o seu agressor, sendo a representação irretratável, com pena definida em detenção de um a dois anos e multa, mas a pena poderá se agravada em até um terço eca vítima for menor de 18 anos, tal agravante não cabe para o assédio moral nas relações militares, pois normalmente os servidores só se alistam após completados 18 anos.

## 5.1 CONDUTAS EQUIPARADAS AO ASSÉDIO MORAL

Como foi dito antes, não existe previsão nem sanções para a prática da conduta de assédio moral, no entanto existem os crimes equiparados. Mas vale salientar que, dependendo das maneiras que esses crimes forem cometidos, como expor o militar repetidas ou prolongadas vezes a situações humilhantes, de modo que gere desconforto emocional ou físico, poderemos afirmar que houve a prática do assédio moral. Destaca-se também a necessidade que o agente no polo passivo deve ter o *animus,* ou seja, vontade consciente de praticar o ilícito.

Alguns artigos que de forma não taxativa trazem algumas das hipóteses equiparadas a conduta do assédio moral presentes no Código Penal Militar. Os artigos a seguir são embalados na violência física praticada contra os militares, e mais precisamente o artigo 174 traz o rigor excessivo a essa conduta:

**Rigor excessivo**

Art. 174. Exceder a faculdade de punir o subordinado, fazendo-o com rigor não permitido, ou ofendendo-o por palavra, ato ou escrito:
Pena - suspensão do exercício do pôsto, por dois a seis meses, se o fato não constitui crime mais grave.
**Violência contra inferior**
Art. 175. Praticar violência contra inferior:
Pena - detenção, de três meses a um ano.
**Resultado mais grave**
Parágrafo único. Se da violência resulta lesão corporal ou morte é também aplicada a pena do crime contra a pessoa, atendendo-se, quando for o caso, ao disposto no art. 159.
**Ofensa aviltante a inferior**
Art. 176. Ofender inferior, mediante ato de violência que, por natureza ou pelo meio empregado, se considere aviltante:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos.
Parágrafo único. Aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

O artigo 213 do mesmo dispositivo legal discorre a respeito dos maus tratos, que em seu texto demonstra ser uma das formas mais radicais da violência, uma vez que traz o perigo a saúde e a vida, e logo em seguida temos mais três artigos que trazem os crimes contra a honra praticados contra os militares:

**Maus tratos**
Art. 213. Expor a perigo a vida ou saúde, em lugar sujeito à administração militar ou no exercício de função militar, de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação, instrução, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalhos excessivos ou inadequados, quer abusando de meios de correção ou disciplina:
Pena - detenção, de dois meses a um ano.
**Formas qualificadas pelo resultado**
§ 1º Se do fato resulta lesão grave:
Pena - reclusão, até quatro anos.
§ 2º Se resulta morte:
Pena - reclusão, de dois a dez anos.
**Calúnia**
Art. 214. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos.
§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.
**Exceção da verdade**
§ 2º A prova da verdade do fato imputado exclui o crime, mas não é admitida: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;
II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 218;
III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.
**Difamação**
Art. 215. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano.
Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se a ofensa é relativa ao exercício da função pública, militar ou civil, do ofendido.

> **Injúria**
> Art. 216. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decôro:
> Pena - detenção, até seis meses.
> **Injúria real**
> Art. 217. Se a injúria consiste em violência, ou outro ato que atinja a pessoa,e, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considera aviltante:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

No artigo 333 do mesmo dispositivo traz a Violência arbitrária, no texto da lei, pode-se perceber que dentre todos os artigos já mencionados acima que esse traz um direcionamento maior a violência praticada dentro dos estabelecimentos militares, como pode-se observar:

> **Violência arbitrária**
> Art. 333. Praticar violência, em repartição ou estabelecimento militar, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da correspondente à violência.[13]

## 5.2 COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO ASSEDIO MORAL NABRIGADA MILITAR

É de competência da Justiça Federal julgar os atos cometidos pela Administração Militar que abrangem os interesses dos militares federais, uma vez que a União será o oposto passivo do conflito, conforme consta no artigo 109, inciso I da Constituição Federal. A União sendo ré na lide, o autor da ação tem o direito de escolher se ajuizará sua demanda no poder judiciário onde fixa domicílio, onde ocorreu o fato ou no Distrito Federal, como está consta no artigo 109, parágrafo 2º da Constituição Federal.

À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares presentes na lei, assim como todas as outras demandas dos servidores públicos militares que a União esteja no polo passivo. No entanto, como foi mencionado anteriormente não existe sanção na esfera Federal para o crime de assédio moral, embora trâmite um projeto de lei nesse sentido.

## 5.3 PRESCRIÇÃO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO

[13] **Código Penal Militar**. decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 14 ago. 2021

A pretensão para o ajuizamento de qualquer ação onde a Fazenda Pública figure como parte ré prescreve em 5 anos, a contar da data só ato ou do fato, ou seja, passados anos do ato ou fato danoso e o ajuizamento da ação judicial, o direito subjetivo pleiteado pela vítima se tornará impossível.

Sendo o assédio moral uma violência recorrente, conta-se o prazo prescricional a contar da data do cometimento do último que feriu a dignidade da vítima.

## 6. CONCLUSÃO

Portanto, conclui-se que embora o assédio moral nas relações militares seja um fenômeno antigo e muito recorrente, ele se acentuou com a busca pela ascensão no mercado de trabalho, principalmente no meio militar onde existe uma busca desenfreada por poder. Isso faz com que os militares pratiquem atos perversos uns para com os outros, tendo em vista esse ambiente que estimula essa violência, os servidores militares estão mais sujeitos a esse tipo de dano, pois também não há uma diferenciação entre hierarquia, disciplina e assédio moral.

O tratamento dentro das Corporações militares muitas vezes é hostil, desrespeitoso e humilhante, causando grandes consequências as vítimas, esses prejuízos refletirão de maneira direta nas relações com suas famílias, colegas e sociedade. No entanto, esse regime disciplinar rígido é tido como normal, pois é uma condição para que o servidor militar ingresse e permaneça na sua carreira.

É de suma importância a participação da Corporação como um todo no combate à esse tipo de violência, investindo em políticas de educação, a fim de modificar a triste realidade vivida nesses ambientes, que consideram o assédio moral uma conduta normal. O combate à esse tipo de violência traria aos militares um melhoramento na autoestima, redução de conflitos, reconhecimento como profissionais e em decorrência de tudo isso uma boa produtividade.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o maior dentre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Por conseguinte os direitos da personalidade, que indiretamente derivam do princípio mencionado anteriormente também importam em bens jurídicos protegidos pelo direito.

As Forças Armadas e seus militares são sujeitados a um sistema demasiadamente hierarquizado e onde sempre prevalece a respeito à disciplina, essa por sua vez é posta

em práticas por meio de institutos e regulamentos que impõe que o militar siga a risca seus direcionamentos, tidos muitas vezes por Princípios Militares. Por sua vez, para que se garanta a disciplina e a hierarquia muitos superiores, erroneamente, tem atitudes para com seus subordinados que nem sempre estão em concordância com os princípios de justiça e de legalidade.

Dessa forma, os militares desde o início são doutrinados a serem concordantes a esse regime e não se impõe quando sofrem ou veem uma violência, muitas vezes por medo da represália de seus superiores, por esse motivo as probabilidades de violação dos direitos da personalidade e os abusos de poder aumentam significativamente, haja vista que o próprio ambiente é propício a atitudes tiranas. Além disso, não há legislação no âmbito federal que tipifique e sancione a conduta do assédio moral, não havendo segurança jurídica para as vítimas que optarem por dar seguimento aos seus casos.

## REFERÊNCIAS


BRASIL. Constituição Federal. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012. Disponível em: https:// www.verbojuridico.com.br Acesso em: 14 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficialda União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: https:// www2.camara.leg.br Acessoem: 14 ago. 2021.

BARRETO, Margarida. Assédio moral no trabalho. Chega de humilhação. O que é assédio moral? ANO. Disponível em: https://tede2.pucsp.br Acesso em: 22 jul. 2021.

**Código Penal Militar**. decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 14 ago. 2021

Decreto n° 2.040, de 21 de outubro de 1996. Aprova o **Regulamento** deMovimentação para Oficiais e Praças do **Exército**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto. Acesso em: 15 ago. 2021.

FERREIRA, José Carlos. Violência no local de trabalho: assédio moral. Consulex, Brasília: Junho/Junho, v. 10, n. 227, 2006.

GALLINDO, Lidia Pereira. Assédio moral nas instituições de ensino. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2070, 2 mar. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/12396. Acesso em: 20 nov. 2021.

GRECO, Rogério. Atividade policial: aspectos penais, processuais, administrativos e constitucionais. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 62.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civi**l. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense,1998.

HIRIGOYEN, Marie France. Assédio moral a violência perversa no cotidiano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p.9. Disponível em: https://www.estante virtual.com.br Acesso em: 22 de jul. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do Direito Constitucional do Trabalho. Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória – FDV, Vitória–ES: Janeiro/Dezembro, v. 4, n. 9, 2005. Disponível em: https:// www.esdc.com.br Acesso em: 24 jul. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 43.245 de 19 de julho de 2004 – Regulamento Disciplinar da Brigada Militar. 1.ed. Porto Alegre: Polost, 2004, p. 12.

O QUE É TERAPIA HOLÍSTICA. Disponível em: https://institutosantos.com/o-que-e- a-terapia-holistica/. Acesso em: 10 out. 2021.

PEDROTTI, Rosemari . As consequências do assédio moral no ambiente do trabalho / Rosemari Pedrotti de Ávila. Imprenta: São Paulo, LTr, 2009. Descrição Física: 160.

# ASSISTÊNCIA AFETIVA DOS INCAPAZES E OS IMPACTOS DA QUARENTENANA FORMAÇÃO DE VÍNCULOS AFETIVOS

Arthur Ferreira Pinto de Araújo[1]
Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchel de Morais[2]

**RESUMO**

A assistência afetiva, permeando o núcleo familiar brasileiro, sempre foi um tópico dinâmico e rico, tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Direito Civil da Família. Tendo a teoria do afeto sempre permeando o centro dos debates tratando-se da assistência afetiva e necessitando de uma solidificação na jurisdição, há a nova necessidade de explorar a assistência afetiva dentro da realidade da quarentena, em tempos de pandemia da COVID-19, e as dificuldades que ela impõe aos genitores e seus filhos. Como manter a assistência afetiva, durante o período de quarentena, levando em consideração o protocolo de segurança da COVID-19? Este trabalho de pesquisa tem como objetivo geral analisar as consequências jurídicas dessa nova dinâmica da assistência afetiva entre os membros familiares - durante esse período - como objetivos específicos, evidenciar a responsabilidade afetiva dos cuidadores em relação às crianças e adolescentes, analisar os impactos da quarentena na dinâmica familiar e examinar quais ações jurídicas são cabíveis dentro dessa situação. Está sendo utilizada uma abordagem metodológica descritiva, qualitativa e focada em bases bibliográficas. O trabalho busca uma abordagem descritiva, qualitativa e bibliográfica para entender, o mais precisamente possível, as diferenças nessa relação afetiva intrafamiliar e as suas reverberações no ordenamento jurídico do Direito Civil de Família. Por se tratar de um trabalho de pesquisa sobre um assunto que ainda está se desenvolvendo, este trabalho possui resultados relacionados apenas até o momento de sua concepção. As conclusões apontam a evidente fragilização da assistência afetiva intrafamiliar. É bastante claro que o entendimento do afeto e como ele é priorizado como princípio intrínseco no Direito Civil de Família, principalmente nas dinâmicas familiares, sob a ótica da jurisprudência,

[1] Acadêmico do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: arthurferreirapintodearaujo@outlook.com
[2] Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rosangela@unirn.edu.br

serão alterados, consideravelmente, em consequência dos novos desafios da quarentena.

**Palavras-Chave :** Direito civil família. Assistência afetiva. Genitores. Filhos. Novo coronavírus

**ABSTRACT**

The affective assistance, permeating the Brazilian family nucleus, has always been a rich and dynamic topic inside the Federal Constitution of 1988 and also within the Family Civil Law. Having the Affect Theory always permeating the center of debates when affective assistance is involved and needing a solidification in its concept within the Brazilian Jurisdiction, there is a new necessity to explore affective assistance within the new reality of the quarantine, in pandemic times of the COVID-19, and the difficulties this new reality imposes on parents and their children. How can affective assistance be maintained during the pandemic period, considering the safety protocols from the Coronavirus? This research work has a general objective to analyze the legal consequences of this new dynamic of the affective assistance between family members during this period, as specific objectives, to show the affective responsibility of parents in relation to children and teenagers, analyze the impacts of quarantine on the parent-child relationship and also to examine which legal actions are appropriate to take. It is being utilized in this research work a descriptive qualitative methodological approach and it's focused on bibliographic bases. This research work aims towards a descriptive bibliographic-qualitative approach to understand, as precisely as possible, the differences in this intrafamilial affective relationship and its reverberations within the Family Civil Law legal order. Because this research work is about a subject that is still developing, currently it has results related to the time of conception of this research. The conclusions within this research indicate the evident weakening of the intrafamiliar affective assistance. It's very clear that the understanding of affect and how it is perceived and prioritized as an intrinsic principle of the Family Civil Law, especially taking into account family dynamics, according to the jurisprudence view, which will be altered considerably in consequence of the new challenges from the quarantine

**Keywords:** Family civil law. Affective assistance. Parents. Children. New coronavirus.

## 1. INTRODUÇÃO

A assistência afetiva, sendo considerada um elemento jurídico de grande importância no Direito Civil das Famílias, sempre foi uma temática dinâmica e rica, tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no próprio Direito Civil da Família, assim como a discussão sobre as propriedades, características e utilizações do afeto como elemento auxiliar do exercício hermenêutico ou como elemento principiológico dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria do afeto, sempre permeando o centro dos debates relacionados à assistência afetiva e necessitando de uma solidificação na jurisdição, considerando o novo contexto social vivido desde o início de 2020, atualmente, necessita ser explorada junto com a assistência afetiva dentro da realidade da quarentena, mais especificamente as mudanças na dinâmica entre membros familiares, em tempos de pandemia da COVID-19, assim como as dificuldades que ela impõe aos genitores e seus filhos.

A problemática trata-se de como manter a assistência afetiva, durante o período de quarentena, levando em consideração o protocolo de segurança da COVID-19? Assim como o estudo já de mudanças significativas na convivência familiar que ocorrem durante esse período. Este trabalho de pesquisa possui como objetivo geral analisar as consequências jurídicas advindas das medidas de segurança da COVID-19 na dinâmica intrafamiliar, dando atenção especial à assistência afetiva entre os membros familiares, durante o período de quarentena advinda do Coronavírus, como objetivos específicos, evidenciar a responsabilidade afetiva dos cuidadores em relação às crianças e adolescentes, advinda da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como analisar os impactos diretos e indiretos da quarentena na dinâmica parental familiar e por fim examinar quais ações jurídicas são cabíveis dentro dessa situação.

Foi utilizada uma abordagem metodológica descritiva, qualitativa e focada em bases bibliográficas. A escolha desses meios de abordagem se deu pela natureza do objeto de pesquisa: o melhor entendimento da relação assistencial entre membros intrafamiliares dentro do contexto da quarentena advinda do Coronavírus, considerando os protocolos de segurança relacionados à COVID-19.

Assim como a análise da natureza jurídica - considerando sua aplicabilidade prática, do afeto como elemento dentro do ordenamento jurídico - foram traçados comparativos entre trabalhos histórico-jurídicos de fontes autorais que tratam da teoria do afeto, possuindo como base autores da psicanálise como John Bowlby e Bretherton, até em trabalhos os quais possuam uma ótica voltada para o ordenamento jurídico atual, além do Artigo 277 da Constituição Federal de 1988, em parceria com a Lei n. 8.069/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e com decisões jurídicas na vara de Direito Civil da Família que abordem esse assunto e como elas têm lidado com os novos desafios que a quarentena tem trazido dentro desses casos.

O trabalho utilizou de uma abordagem descritiva, qualitativa e bibliográfica para entender, o mais precisamente possível, as diferenças nessa relação afetiva intrafamiliar e as suas reverberações no ordenamento jurídico como um todo, assim como, mais especificamente, no Direito Civil das Famílias.

Por se tratar de um trabalho de pesquisa sobre um assunto que ainda está se desenvolvendo, este trabalho apenas possui resultados preliminares. Todavia, é ao menos evidente que, por se tratar de um assunto sensível, bem elaborado pelo estudo histórico da temática, a relação afetiva entre membros familiares é alterada substancialmente devido às restrições impostas pelo protocolo de segurança da COVID-19.

Inicialmente, no próximo capítulo desse trabalho o qual fala sobre o convívio familiar durante a quarentena, foi analisado e explorado os impactos da quarentena no convívio familiar, comparando o período pré quarentena ao período da quarentena, focando na influência dos protocolos de segurança da COVID-19 nos laços afetivos que existem entre os membros familiares.

Em seguida, no capítulo das origens do afeto no ordenamento jurídico, foi buscado a construção das origens do afeto, assumindo sua chegada na constituição federal de 1988 como sua primeira aparição no ordenamento jurídico de forma indireta, para logo em seguida estudar sua adequada categorização e enquadramento jurídico como um elemento com valor jurídico o qual permeia o ordenamento.

Por fim, no último capítulo do desenvolvimento desse trabalho, foi explorado como a convivência familiar é um meio de formação de vínculos afetivos, trazendo para a pesquisa com intuito exemplificativo, casos para enriquecer essa analise sobre a convivência familiar, assim como doutrinadores e pensadores do Direito.

## 2. O CONVÍVIO FAMILIAR DURANTE A QUARENTENA

Vale ressaltar, antes de debruçar sobre o enquadramento principiológico do afeto e suas consequências na assistência afetiva dentro da sociedade brasileira, o contexto atual, dos protocolos de segurança referentes à pandemia causada pelo Coronavírus, de uma das principais bases das relações afetivas, o convívio familiar.

No meio do caos causado pela pandemia do Coronavírus, existe, ao menos, alguma direção - no que tange aos cuidados e restrições de isolamento impostas pelas autoridades mundiais - assim como aos cuidados básicos sanitários para que se possa evitar o contágio, lavar as mãos ou higienizá-las - com frequência – com álcool gel, evitar contatos, higienizar superfícies e usar a máscara quando sair de casa. Além disso, conforme a velocidade de contágio, em cada localidade, as autoridades públicas podem ampliar ou reduzir a circulação de pessoas em locais públicos e privados (NAHAS e ANTUNES 2020).

O afastamento social, buscando a diminuição das chances de contágio da COVID-19, pode ser realizado por medidas mais brandas, como o distanciamento social, que se baseia na recomendação de manter a distância de 2 metros entre as pessoas, tendo por consequência suspensão da maioria das aglomerações, aulas e eventos no formato presencial; o isolamento físico, sendo medida mais rígida, consistindo na separação de pessoas sintomáticas das assintomáticas; até a quarentena obrigatória, como medida mais drástica de afastamento social, com a proibição de atividades não consideradas essenciais, e até mesmo a restrição de trânsito mais drástica, conhecida como *lockdown*, em que a permanência em casa se torna em uma obrigação, somente sendo permitido circular no espaço público com autorização ou justificativa.

Tais medidas estão sendo adotadas por diversos países no mundo em distintas intensidades e períodos de tempo, em conformidade com as análises científicas do crescimento do número de casos em cada local e do posicionamento político de cada autoridade (NAHAS e ANTUNES 2020).

Ainda, é importante ressaltar que a doença causada pelo Coronavírus é agravada aos grupos de risco compostos - principalmente - por portadores de doenças crônicas como diabetes, doenças do coração e hipertensão, asma, gestantes e indivíduos acima de 60 anos. Embora as crianças e adolescentes não estejam incluídas no grupo de risco, são consideradas vulneráveis, tendo em vista sua dependência relacionada ao seus

cuidadores, merecendo maior proteção em tempos de crise pandêmica, no que se refere aos seus cuidados, exposição e convivência familiar e parental.

Considerando o contexto descrito acima, vale ressaltar a necessidade de se manter e proteger os laços afetivos das crianças e dos adolescentes em relação a suas famílias, os quais se desenvolvem - predominantemente - através do convívio familiar, ou seja, mesmo em face das medidas de segurança a preservação da assistência afetiva - por ser um direito da personalidade garantido constitucionalmente - deve ser respeitada e observada, com fins à evitar a facilitação de danos contra esse direito da criança e do adolescente, assim como evitar situações análogas à alienação parental.

Todavia, a proteção da saúde e da vida devem ser ponderados relativamente ao direito fundamental do convívio familiar. O direito à convivência familiar é uma conquista que visa à proteção especial dos membros vulneráveis das famílias, como crianças, adolescentes e idosos, esses grupos sendo os que mais dependem desse convívio familiar, tanto em um sentido da integridade física quanto à preservação do direito personalíssimo do afeto, do cuidado familiar.

Assim, o desafio atual é redefinir formas de compatibilizar tais direitos, ainda que haja necessidade de novos arranjos na forma do seu exercício, com o contexto caótico da pandemia, tendo suas medidas restritivas mais intensas como desafios a serem considerados durante a possibilidade de preservação desse desses direitos fundamentais personalíssimos. A restrição de um não deve anular, em grau máximo, o outro, deve sempre se buscar um medida que busque atender ambos da melhor forma possível, visto que ambos são direitos fundamentais.

O cumprimento do direito à adequada convivência familiar no período da pandemia tem sido objeto de discussões jurídicas por todo o Brasil, em especial, pela doutrina e jurisprudência, incansáveis no debate do assunto. A situação da pandemia sem comparativo razoável na atualidade, exige compreensão e adaptabilidade de todos, não podendo ser utilizada como defesa para perpetrar abusos, em cuidado especial com as crianças, que sob o pretexto de proteção do vírus estão sujeitas a atos até mais gravosos, como violências psicológicas, em especial a alienação parental (NAHAS e ANTUNES 2020).

Essa convivência deve ser preferencialmente presencial, pois assim é possível que ocorra a formação de laços afetivos, de acordo com John Bowlby (1982), pois não há como se garantir a formação de laços e vínculos por meio telepresencial, ou seja, com

ligações de áudio e vídeo (NAHAS e ANTUNES 2020). É indispensável o contato pessoal para tanto. Ainda, como já foi demonstrado anteriormente, a convivência familiar não se restringe a simples momentos de lazer e descontração, mas sim de cuidados, responsabilidade e participação na vida das crianças e adolescentes em seu cotidiano. Isso somente é viável através da convivência presencial, não podendo ser jamais substituído ou compensado.

A manutenção de contatos, por meios exclusivamente telepresenciais, foi uma solução imediata na busca da manutenção dos vínculos familiares, ao mesmo tempo que cumpre com as medidas de distanciamento social. Essa solução seria tolerável se o período da pandemia não ultrapassasse um ou dois meses, período médio das férias escolares de verão, como exemplo. Porém, a situação de emergência ocasionada pela pandemia já ultrapassa um ano, e, não há perspectiva de que esteja completamente resolvida, ou seja, pode facilmente se estender por meses, intensificando a distância desses contatos presenciais tão importantes. Dessa forma, não é possível sustentar que ao manter o contato entre pais e filhos, ou avós e netos, ainda é plausível manter esses vínculos entre familiares, vínculos esses de afeto, apenas pelos meios digitais, os quais são insuficientes (NAHAS e ANTUNES 2020).

Se a convivência familiar deveria ser presencial, surge a possibilidade de modificação dos ajustes típicos dessa convivência, com a intenção de evitar deslocamentos desnecessários das crianças e adolescentes.

Vale considerar que o Estatuto da Criança e do Adolescente[3], toda criança e adolescente tem o direito de ser criado e educado dentro de sua família, além de lhes serem garantidos acesso à educação, mais especificamente a sua permanência nas escolas, assim como o acesso à saúde.

Sendo assim, de acordo com Nahas e Antunes (2020), a imposição de medidas de distanciamento ou isolamento social, advindas do protocolo de segurança em relação ao Coronavírus, não deveriam ser suficientes para impedirem o contato dos pais, ou responsáveis familiares, com seus filhos ou menores ou ainda justificar mudanças

[3] Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).
Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.
Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso,em condições dignas de existência.

drásticas de guarda ou convivência, já que o direito à convivência familiar é direito fundamental garantido no artigo 277 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe sobre a prioridade e o dever à família,à sociedade e ao Estado.

A garantia da convivência familiar é essencial para o desenvolvimento saudável da criança, e a formação de vínculos afetivos, como destacam a professora Josiane Petry Veronese e Helen Sanche (2017), se alinhando com o entendimento internacional relacionado aos princípios previstos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CDC), a Constituição Federal de 1988 inovou estabelecendo como direito fundamental, relativo às crianças e adolescentes, à convivência familiar e comunitária.

Possuindo como base o artigo 226 da Constituição Federal, dispõe que a família, sendo base da sociedade, possui responsabilidade compartilhada juntamente à comunidade e ao Estado em assegurar à criança e o adolescente o exercício de seus direitos fundamentais, como o artigo 227 da CF, o legislador brasileirou buscou dar destaque a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento físico, mental, afetivo e educacional para os menores de idade, valorizando à convivência, sendo na família natural ou substituta.

Esse pensamento - construído por Veronese e Sanche (2017), relacionado à imprescindível necessidade da constituição de vínculos afetivos para a criança e o adolescente, constitutivos de elemento indispensável para o desenvolvimento saudável dos mesmos - possui como fonte Declaração dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU)[4].

Nahas e Antunes (2020) ainda desenvolvem a importância da convivência familiar, argumentando que essa convivência não é apenas o mero ato de estar presente, não é apenas visitar um ente familiar, ou mesmo contatos superficiais. A convivência familiar deve acima de tudo dar possibilidade a formação e crescimentos de laços, vínculos e afetos, estando diretamente relacionada a cuidados e responsabilidades íntimas e profundas, como demonstrar sua presença, evitando a sensação de solidão a criança e adolescente, nas atividades escolares, nos cuidados pessoais e essências da criança e do adolescente, como higiene, vestimentas, consultas médicas, além das

[4] Princípio 6º: Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação deajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

diversas atividades de lazer.

São inúmeros os exemplos que poderiam ser descritos acima, porém a questão é iluminada com o pensamento de Rosa (2019), explanando que o conviver, da convivência familiar, trata-se de uma rotina de coexistência, de um elo mais duradouro e profundo, dando-se nessa rotina espaço para afeto, o qual certamente, requer intensidade e não apenas o passar de horas com espaçamento quinzenal, como tradicionalmente é visualizado no Poder Judiciário, assim critica Rosa (2019).

## 3. AS ORIGENS DO AFETO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes de se falar em uma fragilização da assistência afetiva entre genitores e filhos, dentro do contexto da quarentena da COVID-19, é necessário tentar solidificar o afeto como valor jurídico e buscar defini-lo como um princípio. Isso é bem apontado por Farias e Rosa (2020) como uma problemática, afirmam que, sob uma ótica topológica dos princípios do Direito, é inegável que o afeto ao menos é considerado como um princípio dentro do Direito das Famílias, dentro dessa matéria ele é considerado e tratado como um princípio crucial dentro do estudo e julgamento de casos dentro do Direito das Famílias os quais o afeto permeia.

Mesmo considerando o anterior, a certeza de que o afeto, dentro do Direito das Famílias, é visto como um princípio, há ainda que se debruçar e elaborar sobre o que é o afeto dentro do escopo maior do Direito, indo além do Direito das Famílias, não há atualmente um consenso solidificado do que o afeto é, e como ele deveria ser interpretado e aplicado frente a casos concretos, uma parcela considerável dos cientistas do Direito, desde doutrinadores, como Tartuce (2012), Cardin e Frosi (2010) e Lôbo (2007), possuem suas visões do enquadramento teórico do afeto, porém essa ausência de consenso entre doutrinadores renomados do direito, principalmente os exemplificados, os quais possuem influência considerável no ramo do Direito da Família, acabam influenciando, de maneira acidental, decisões feitas nos tribunais brasileiros as quais por vezes jogam o afeto como elemento do caso, alegam seu status de princípio atuante no Direito da Família, porém não esclarecem seu enquadramento em decisões nas quais o afeto permeia o centro como elemento mais importante desses casos concretos, não determinam sua categorização, se é considerado um princípio fundamental ou se é um princípio geral, ocasionando assim, decisões divergentes e até

por vezes contraditórias[5].

De acordo com Farias e Rosa (2020), não podendo se confundir ambos, pois possuem consequências práticas diferentes, enquanto um Direito Fundamental possui raízes constitucionais e caráter universal, dentro do Direito Brasileiro, um Direito Geral possui escopo reduzido, podendo ser um Direito Geral apenas de uma vara do Direito Brasileiro, nesse caso o afeto enquadraria-se exclusivamente como Direito Geral do Direito das Famílias.

Tal problemática não é recente e existe no âmbito jurídico desde a Constituição Federal de 1988, a qual trouxe o afeto pela primeira vez de forma indireta para o texto constitucional[6], embora ainda assim essa questão não seja abordada, discutida e trabalhada, como se fosse diminuta ou de menor importância.

Sendo assim, por se tratar de uma problemática recente, a questão do afeto como princípio e seu enquadramento, além de serem buscados através de suas fontes na psicanálise, devem ser desenvolvidos por trabalhos jurídicos recentes, os quais busquem a delimitação e o direcionamento através de uma base científica sólida que possa ser usada como fundamentação adequada dentro de casos jurídicos presentes e futuros. Assim, busca-se segurança jurídica, processo similar ao que foi feito, quanto à verdade estudada pela filosofia há séculos e à verdade processual[7], que se adequa à realidade jurídica do cotidiano brasileiro.

Como base do afeto como princípio jurídico, temos John Bowlby (1982), que, mais atualmente, teve seu pensamento analisado por Dalbem e Dell'Aglio (2005), aquele - durante sua vida como psicanalista - desenvolveu a teoria do apego e se tornou um dos principais contribuintes dessa teoria, a qual fala que o apego é inato ao ser humano e que buscamos criar laços afetivos com os demais de forma instintiva, laços esses que são

[5] 5 AC 0044852-07.2020.8.21.7000 RS. REsp 1326728 RS 2012/0114052-1. AC 10035170149989001 MG. REsp 1930823 PR 2020/0182853-4.

[6] Art. 227 da Constituição Federal de 1988. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).
§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.
§ 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.
Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes

[7] Art. 154 do CPC de 1973. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

úteis tanto para quem busca o afeto quanto para quem é buscado. No caso de um bebê, um dos objetos de estudo principais do psicanalista, em uma de suas obras fundamentais para a teoria do apego, formação e rompimento dos laços afetivos, é demonstrada a busca e a criação de laços afetivos, principalmente, em prol da própria sobrevivência do bebê.

A questão da sobrevivência - explorada na teoria do apego Bowlby (1982), e da sua importância dentro das relações familiares, principalmente entre genitores e filhos - evidencia a vulnerabilidade dos filhos e o quanto dependem dos genitores nesses estágios iniciais da vida. Porém, o afeto como valor jurídico é jogado dentro da Constituição Federal de 1988 de forma implícita e sem delimitação completa. Por isso, ainda hoje, é observável a inconstância das decisões dentro dos tribunais brasileiros, quanto aos casos que têm o afeto como fator crucial.

A Teoria do Apego - apesar de relativamente recente, já que começou a ser concebida na segunda metade do século 20 - apresenta, nos dias atuais, uma grande difusão global, afirma Gomes (2011). Ela resultou, inicialmente, das pesquisas e dos trabalhos de John Bowlby juntos com Mary Ainsworth, referentes à teoria do apego (GOMES 2011 *apud* BRETHERTON 1992). No entanto, considera- se Bowlby seu legítimo fundador, pois foi ele quem revolucionou o pensamento científico sobre a natureza do vínculo mãe-criança, demonstrando as cicatrizes emocionais e mentais, para a criança, do rompimento dos laços afetivos estabelecidos na infância, de acordo com Bretherton (1992).

Também é entendido que a Teoria do Apego baseia-se na premissa de que os seres humanos, assim como outros animais, apresentam uma inclinação natural para construir vínculos afetivos que, ao longo do tempo, podem tornar-se insubstituíveis (BOWLBY 1982). Isso é compreendido de tal forma pelo fato de que, por virem ao mundo em uma condição de extrema vulnerabilidade e dependência física, assim como emocional, os bebês humanos dependem de alguém que lhes forneça os cuidados essenciais para garantir sua sobrevivência, desenvolvimento emocional e social.

Deste modo, essa relação construída inicialmente com a figura que protege e cuida o bebê, em virtude da importância indispensável que vai adquirindo conforme o tempo passa, torna-se a matriz, a base que o bebê tomará pelo resto de sua vida, sobre a qual todos os vínculos posteriores se desenvolverão. Assim sendo, uma vez estabelecidos, a qualidade, a segurança e a estabilidade desses laços associam-se –

fortemente - com o bem-estar e com a saúde emocional dos indivíduos ao longo do curso de vida (GOMES 2011).

Nesse sentido, a Teoria do Apego inicia-se quando Bowlby busca conceitualizar e solidificar as observações que ele e James Robertson, seu colaborador, fizeram ao observar crianças pequenas as quais foram separadas de seus pais e cuidadores habituais cuidadas por pessoas não familiares, e em locais desconhecidos para elas, o que lhes trazia profundo sofrimento e prejuízos ao seu desenvolvimento de forma generalizada (GOMES 2011).

Considerando a citação anterior, é evidente a importância desses laços afetivos em um sentido imediato, em relação à sobrevivência desse menor dependente, assim como sua importância em um sentido mais amplo e longo, relacionado a forma como essa criança irá observar, contemplar e absorver o mundo a sua volta, mudando de forma duradoura e enraizada em seu ser como irá se relacionar com outros indivíduos.

Necessário se faz delimitar a contextualização que esta teoria do afeto teve em seu nascimento, tal contexto encontra-se diretamente relacionada à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), mais especificamente sua sequelas e problemas. Momento na história da humanidade, em que a comunidade científica, formada majoritariamente por psicanalistas, pôde verificar os efeitos, no psiquismo infantil, da perda e da separação precoce de crianças de seu grupo de origem (GOMES 2011).

A ênfase nesse ramo da Biologia deve-se ao fato de que Bowlby (1982, 1973, 1980) teorizou, pela primeira vez, o vínculo de apego como uma estratégia de adaptação fundamental do *homo sapiens sapiens* a sua realidade externa e danosa, isto é, uma necessidade tão primária quanto à satisfação da fome ou da sede, a segurança e a necessidade de se preservar sua vida.

Os comportamentos de apego - bem como os mecanismos por meio dos quais verificou-se seu progresso na evolução social humana - teriam sido reforçados positivamente ao longo da história humana, por estímulos relacionados à sobrevivência, por causa da importância da manutenção da criança nas imediações de um membro adulto da cultura, tanto para sua proteção e sobrevivência, quanto para seu desenvolvimento social e mental, característica indispensável à sobrevivência, pelo comportamento tribal e de companheirismo o qual adotava-se para aumentar as chances de sobrevivência, trata-se, sem dúvida alguma, de uma linha de pensamento difícil de ser negada, visto que toda criança vem ao mundo em condições de absoluta

dependência dos cuidados de outrem, já que um recém-nascido, na ausência de um indivíduo adulto, não consegue sobreviver por si só.

O comportamento de apego é definido, então, como qualquer forma de comportamento que resulta em uma pessoa alcançar e manter proximidade com algum outro indivíduo, considerado mais apto para lidar com o mundo, tal comportamento por conseguinte sempre existirá independente da idade, visto que, como espécie, dependíamos de relacionamentos, baseados no vínculo como forma indispensável para aumentar nossas chances de sobrevivência (GOMES 2011). Chorar, sorrir, fazer contato visual, buscar aconchego e agarrar-se ao outro são ações que compõem o repertório comportamental básico de apego, e desde os primeiros anos de contatos com seu cuidador, a criança aprende esses comportamentos, contanto que haja nessa relação afeto. (BOWLBY 1982).

Segundo Bowlby (1982), os comportamentos de apego são ativados por certos mecanismos externos e internos, enquanto são encerrados por outros. Entre os mecanismos de ativação, destacam-se fome, cansaço e situações consideradas ameaçadoras e/ou estranhas pela criança, provocando seus instintos de autopreservação e sobrevivência. As condições terminais incluem a visão da figura de apego, a escuta da sua voz ou a interação com ela. Logo, para explicar a manutenção da proximidade aos adultos como uma adaptação básica essencial para a dinâmica cuidador e criança, Bowlby (1980) destaca que o vínculo de apego manifesta-se, principalmente, pela busca de proximidade em relação ao cuidador primordial e pelo protesto diante da separação. Sem a formação desse vínculo, a criança poderia se distanciar demasiadamente dos adultos ao explorar o mundo, ficando, por conseguinte, exposta a inúmeros perigos. Os comportamentos de apego são, portanto, complementares aos comportamentos exploratórios, pois permitem à criança experienciar o mundo em condições mais seguras.

Assim, expressando explicitamente a sua discordância em relação às primeiras teses psicanalíticas, Bowlby (1969) questiona, por conseguinte, uma das principais hipóteses de Freud, o qual afirmava que a criança desenvolve um forte laço com sua mãe, pelo fato de que esta a alimentava. No entender de Bowlby, a abordagem freudiana não parecia adequada para descrever as diversas interações observadas no mundo empírico, as quais, tendo em vista sua variedade, não conseguem sustentar plenamente essa abordagem freudiana. Contrapondo então à Psicanálise, o fundador da Teoria do

Apego defende que, em várias espécies de mamíferos, incluindo os humanos, a busca de proximidade da figura materna e sua preferência, em comparação a outros membros do grupo de origem, seria análoga ao *imprinting* observado em patos e gansos (GOMES 2011).

Nessa perspectiva, o apego pode ser caracterizado, então, como um termo indicativo de comportamentos inatos, advindos de estímulos internos e externos os quais ameaçam sua sobrevivência, que capacitam as crianças a buscarem, discriminarem e a manterem, de modo ativo, proximidade e contato íntimo com um cuidador (GOMES 2011 *apud* LICKLITER 2008).

De modo geral, pode-se compreender que, para Bowlby, comportamentos de busca de proximidade, por apresentarem um valor de sobrevivência, tornaram- se parte de um padrão inato de comportamentos fixados no processo de seleção natural. Por esse motivo, Bowlby possui um pensamento simpatizante com o do psicólogo comparativista Harry Harlow, mantendo-se, contudo, bastante cauteloso quanto à aplicação indiscriminada de resultados de pesquisa com animais aos humanos e vice-versa, pois seu entendimento e pesquisa contemplavam e analisavam os casos humanos da criança e dos vínculos afetivos (GOMES, 2011 *apud* LICKLITER, 2008).

## 4. O AFETO COMO VALOR JURÍDICO

Visto que o afeto foi atribuído como um princípio dentro da Constituição de 1988, e mesmo que não tenha sido delimitado o bastante, Cardin e Frosi (2010) apontam o afeto como um princípio norteador. É apontado por ambos que o afeto, além de ser um fato do dia a dia, também é inserido - no ordenamento jurídico - como um dos direitos da personalidade, decorrente da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da afetividade deve sim ser, como a maioria dos princípios, um guia para o intérprete da norma e para o legislador, conforme Cardin e Frosi (2010),já que no mínimo, considerando a sua introdução indireta na Constituição Federal de 1988, ele foi trazido como um princípio, mesmo não tendo sido definido o seu alcance, o fato do afeto não ter sido positivado o imbue de força ainda maior do que se efetivamente fosse, fazendo com que o intérprete da Constituição ao analisá-lo - mais especificamente a assistência afetiva – naturalmente, dê mais abrangência em relação a uma norma

positivada, não havendo um limite escrito, mas, apenas, limite topológico, assim como princípio lógico.

Efetivamente concedendo ao afeto no âmbito jurídico características norteadoras, como uma bússola a qual serve orientando as decisões de juízes e Tribunais pelo Brasil, assim como um ponto de referência aos legisladores os quais forem redigir leis e normas as quais se utilizem do afeto como um princípio jurídico.

Assim, defende-se a teoria do afeto, por Cardin e Frosi (2010), dentro do ordenamento jurídico, como um guia geral. Embora esse trabalho científico busque a delimitação do afeto como princípio jurídico, e, ainda, assim tente dar ao mesmo um enquadramento, é necessário um consenso dentro do judiciário quanto ao afeto. Enquanto não houver um acordo quanto a isso, o afeto pode continuar a ser usado de formas equivocadas e contraditórias, também poderá não ser usado em casos nos quais deveria.

Concordando com a linha de raciocínio feita acima por Cardin e Frosi (2010), quanto à sua característica principiológica, Lôbo (2007) compreende e considera o afeto como um princípio fundamental, diferindo do entendimento geral de Cardin e Frosi, argumentando que por ter origens no Direito da Solidariedade Familiar, herdou também sua caracterização de princípio fundamental do Direito, como direito da personalidade.

Todavia, esse pensamento de Lôbo (2007) trata-se de uma análise com fulcro na evolução social e na tentativa do Direito Brasileiro de acompanhar as evoluções sociais constantes em sociedade, para Lôbo o princípio fundamental da solidariedade familiar não pode existir sem o afeto, e, ainda afirma que enquanto existir um o outro também estará junto de forma conectada, através da cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda e cuidado como formas exemplificativas de suas coexistências.

Essas formas do afeto e da solidariedade familiar possuem bases sentimentais, é por causa disso que, para terem fundamento e utilidade jurídicas, foram transformadas em obrigações e deveres exigíveis dentro das relações familiares.

Por outro lado, Tartuce (2012) traz um outro entendimento em relação ao princípio da afetividade. Reconhecendo a atualidade dos conflitos os quais giram em torno do afeto, ainda afirma que sem sombra de dúvida o mesmo existe - no ordenamento jurídico - como um princípio diretamente aplicado no Direito Família, e ainda considera o afeto como tendo alcançado à condição de verdadeiro princípio geral, citando para corroborar esse pensamento, Giselle Câmara Groeninga (2008).

A questão da problemática do afeto é de qual dos dois o afeto deveria ser, entre um princípio geral ou um princípio fundamental do Direito Família. É essa ambiguidade que é responsável pela insegurança jurídica característica nos casos nos quais o afeto permeia.

Tendo em vista a fragilização da assistência afetiva como um caso exemplificativo, se torna necessária a construção de uma teoria geral do afeto, a qual possui o intuito de solucionar o problema do afeto como princípio jurídico, explanado por Farias e Rosa (2020), há corrente de pensamento simpatizante, em publicações na literatura jurídica, como Calderón (2017), Gagliano e Pamplona Filho (2012) e Figueiredo e Figueiredo (2015), assim como acórdãos, ementas e falas de doutrinadores[8], afirmam a natureza principiológica do afeto, todavia não elaboram em seguida qual tipo de natureza principiológica o afeto possui, sendo assim não há a sua determinação precisa, dificultando o processo de elaboração de teorias do afeto com valor jurídico, afinal antes de ocorrer o apropriado desenvolvimento de uma teoria coesa e completa do afeto, dentro do sistema jurídico brasileiro, é necessária a delimitação desse estudo, o enquadramentoapropriado.

Ou seja, em relação ao descrito acima, até o momento - no ordenamento jurídico Brasileiro - não há consenso ou esclarecimento se o afeto é um princípio fundamental ou um princípio geral e, além disso, também não é elaborado quanto ao seu conteúdo. Admite-se a existência do afeto como princípio jurídico e há inclusive instâncias de reconhecimento do afeto como princípio jurídico em casos concretos, utilizados por Tribunais e juízes para fundamentar decisões, porém, novamente, não há elaboração do conteúdo do que é o afeto, ao menos não na esfera jurídica, frequentemente tais Tribunais e juízes baseiam suas decisões utilizando-se de relatórios de órgãos públicos e peritos das áreas de biologia e psicologia para averiguar casos em que acredita-se estar relacionado ao afeto principiologicamente.

Sendo assim, após utilizarem-se dessas ferramentas externas para identificação e justificativa do princípio do afeto nesses casos, essas decisões se mostram cientificamente e teoricamente inseguras, em relação ao olhar jurídico da situação, pois ainda não há uma construção científica e jurídica sólida do conteúdo, alcance e limitações do afeto como princípio, enquanto continuarem dependendo desses métodos externos

[8] AC 0044852-07.2020.8.21.7000 RS. Resp 1326728 RS 2012/0114052-1. AC 10035170149989001 MG. REsp 1930823 PR 2020/0182853-4.

de identificação, sem que haja desenvolvimento de literatura jurídica, o afeto continuará se demonstrando como um princípio incerto e instável.

Toda essa incerteza e insegurança - em relação ao princípio do afeto - perdura também na fala de doutrinadores do âmbito do Direito das famílias, por muitas vezes chegando a consensos, em certos pontos, do que deveria ser o afeto como princípio, mas é observado dificuldade de se determinar, mesmo entre os doutrinadores, a delimitação adequada do afeto, conforme é observado ao comparar a fala de doutrinadores.

Primeiro temos o entendimento de Nunes (2014 *apud* HARIGAYA et al., 2019) o qual atribui ao afeto a capacidade de formação de núcleo familiar, baseando-se em expressões afetivas e partindo-se dessas se criando diversas formas de famílias, concluindo que, tanto a intenção por de trás dos sentimentos intrafamiliares, quanto à prática efetiva dessas afeições, no plano físico, tomam elementos primordiais na configuração da instituição familiar, como é reconhecia hoje, enfatizando que as questões inerentes ao sexo e idade são menos cruciais para a formação de uma família. Ainda continua Nunes (2014 *apud* HARIGAYA et al., 2019), descrevendo que o afeto, baseando-se no que foi construído anteriormente pela mesma, adquire um aspecto inerente e intrínseco ao ser humano o qual possibilita a constituição e concepção de um núcleo familiar, além de atribuir ao afeto identidade de princípio implícito o qual é pertencente a dignidade da pessoa humana a qual é princípio fundamental.

Em contrapartida ao pensamento de Nunes, Tartuce (2012 *apud* HARIGAYA et al., 2019) argumenta que o afeto possui valor jurídico o qual é atribuído comumente à condição de verdadeiro princípio geral, desenvolve afirmando que o afeto não é equivalente direto ao direito, e que ambos jamais deveriam se confundir ou usados como sinônimos. Tartuce (2012 *apud* HARIGAYA et al., 2019) explica que o afeto – necessariamente - deve possuir traços ligados a interação e ligação entre pessoas, as quais podem ser tanto positivas ou negativas, dando embasamento nesse pensamento, aponta três exemplos, no ordenamento jurídico atual de se observar e estudar a família brasileira através do princípio da afetividade: o primeiro sendo o reconhecimento jurídico da união afetiva; o segundo sendo o consentimento de forma geral da procedência da reparação por danos decorrentes do abandono afetivo e por último o reconhecimento da formação de um núcleo familiar constituído a partir da parentalidade socioafetiva, finalizando sua linha pensamento afirmando a importância da afetividade

como lente para possibilitar a determinação de um núcleo familiar.

Enquanto há consenso em alguns pontos compartilhados por Lobo (2011 *apud* HARIGAYA et al., 2019) e Dias (2016 *apud* HARIGAYA et al., 2019), mesmo entre esses dois últimos doutrinadores é possível observar divergências em relação aos seus pensamentos quanto ao afeto, enquanto Dias trás a tona que o princípio da afetividade, advindo do afeto, tem como objetivo o eudemonismo, isso sendo um ideal de busca pela felicidade, ainda assim reconhece também que outras questões estão presentes na discussão da afetividade, tendo por exemplo, a igualdade de direitos fundamentais entre irmãos biológicos e adotivos – principalmente - em relação às questões patrimoniais entre ambos.

Ainda fala da necessidade de lembrar que as relações baseadas no afeto e solidariedade surgem de um convívio familiar, e, não apenas de um simples laço sanguíneo, assim, considerando o ideal eudemonista, a existência do afeto como base para formação da família, além de lente que explora e explica as relações contemporâneas, sob um prisma que mostra a necessidade de ampliação de igualdades, flexibilização do conceito original da formação familiar e proeminentemente, na atuação do mesmo dentro das necessidades reais e conjunturas sociais. Culminando o seu pensamento na afirmativa "o Princípio da Afetividade é um norteador das demandas que comportam o ramo do direito das famílias" (2016 *apud* HARIGAYA et al., 2019).

Lobo concorda com Dias, em relação ao tema do valor jurídico do afeto, tratando-se dos laços afetivos, de seus surgimentos no convívio familiar, da base constitucional que o afeto possui, e também no consenso de o afeto transcender os laços sanguíneos, porém Lobo diverge de Dias quando argumenta que, além de o afeto não estar limitado a traços sanguíneos, é necessário a análise do contexto cultural, as influências da globalização, assim como as influências culturais locais, na formação dos vínculos afetivos que posteriormente amadureceram em um núcleo familiar (2011 *apud* HARIGAYA et al., 2019).

Além das interpretações sobre o enquadramento do afeto, no sentido de ser considerado um princípio, independente de ser regra geral do Direito da Família ou de ser princípio fundamental, Farias e Rosa (2020) trazem uma perspectiva diferente da problemática. Baseando-se em Ronald Dworkin, argumentam que tratando-se de *easy cases* (casos fáceis) ou *hard cases* (casos difíceis), tratando- se, nesse sentido, dos desafios e obstáculos para a correta identificação da regra adequada que consiga

solucionar esses casos ou mesmo que consiga atestar a disponibilidade de uma regra que possa incidir sobre um caso particular.

Considerando o acima, Farias e Rosa (2020) argumentam que, dentro dos casos de família, a margem de discricionariedade do interpretador, sua atividade hermenêutica frente a casos concretos, não pode dar espaço para uso de argumentos pessoas e subjetivos, os quais sendo usados de tal forma, são uma afronta direta ao próprio sistema constitucional, mesmo nos easy cases (casos fáceis) existirá o trabalho hermenêutico, independente de na superfície aparentar não ocorrer nada além da aplicação de uma regra, norma ou princípio, a sua escolha, a compreensão do caso através do intérprete jurídico, constitui trabalho hermenêutico, atividade interpretativa esta que frente aos inúmeros casos inimagináveis e transbordando de conflitos no Direito das famílias tornará o trabalhohermenêutico mais delicado e difícil.

Por conseguinte, é proposto por ambos o entendimento do afeto, o qual é entendido por ambos como elemento jurídico que sempre envolve os casos do Direito da Família, todavia não poderia ser usado, em sua integridade, para justificar decisões. É entendido por Farias e Rosa (2020) que o afeto deveria ser considerado um postulado normativo aplicativo inerente ao Direito das Famílias, sendo assim o mesmo não possui força normativa e nem precisa, diferente dos princípios de forma geral e das regras, sua tarefa, sua finalidade ao intérprete jurídico deve servir de base, como uma estrutura inicial de interpretação da qual servirá como guia para interpretação e aplicação das normas, por isso, sempre permeia todas e quaisquer interpretações dentro do Direito das Famílias, em especial nos casos difíceis, os quais relativos aos casos fáceis, possuíram atividadehermenêutica muito maior.

Em suma, fechando o pensamento de Farias e Rosa (2020) em relação ao tema, a afetividade, o afeto, não é um simples mecanismo de resolução de conflitos jurídicos, independente de se trataram de casos fáceis ou difíceis, por ausência de natureza normativa, e sim como um postulado aplicativo das normas, tratando-se como base primordial e essencial indispensável para aplicação das normas, regras e princípios.

## 5. CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO FORMA DE ESTABELECER VÍNCULOS AFETIVOS

Dentro do contexto da pandemia, a fragilização da assistência afetiva torna- se

ainda mais proeminente por causa do protocolo de segurança da COVID-19. Isso é evidenciado por casos cotidianos e casos fora do normal, casos de difícil análise,de acordo com Farias e Rosa (2020), dentro do contexto da pandemia do Coronavírus[9].

Dentro dos autos no rodapé abaixo, encontra-se o objeto polêmicoddiscutido no caso, a afirmação de manutenção do vínculo afetivo, construído entre mãe e filhos, durante a quarentena através de vídeo-chamadas. Essa parte do processo é onde se observa mais claramente a fragilização do afeto no caso. Desde John Bowlby (1982), foi estudado cientificamente e é comprovada a importância dos laços afetivos que os bebês criam com seus genitores e o quanto os bebês dependem deles para sua sobrevivência.

A utilização de videochamadas é uma forma insuficiente e paliativa de manter vínculos afetivos, e é ainda mais precária em formar um vínculo afetivo entre uma mãe e seus filhos, pois não há toque nessa situação, elemento essencial da relação mãe-filho, conforme contempla Winnicott (2005 *apud* OLIVEIRA), na relação entre a genitora e seu bebê o toque será uma fonte de estimulação que irá desencadear um vortex de sentimentos e emoções, os quais constituíram a base emocional da criança, formando assim seus histórico de experiências emocionais e afetivas, sendo assim, se os toques forem afetivos, disso se extrai que tais toquem devem estar carregados de cuidado assim como devem preencher no bebê sensação de segurança, enquanto esses toques afetivos estiverem carregados de intenções positivas, aumenta se proporcionalmente as chances da construção de um vínculo de amor "intransponível e imensurável.".

Além dessa situação retratada anteriormente, há ainda situações mais cotidianas às quais se complexam diante do contexto pandêmico. É o caso do Agravo de Instrumento em ação de regulamentação de visitas julgado relator Vito Guglielmi em São Paulo em Agosto de 2021[10].

---

[9] [...] A impetrante anexou os relatórios e pareceres técnicos do Serviço de Assistência Social e do Serviço de Acolhimento Institucional, os quais dão conta do célere arrependimento da genitora, manifestado quando os gêmeos ainda estavam internados, e do interesse da avó materna e do tio de ficarem com as suas guardas, bem como do vínculo afetivo construído entre mãe e filhos, mantidos inclusive durante a quarentena por meio de vídeo-chamadas (fls. 129, 140/141, 145/147, 148, 150/155, 159/163)[...] (STJ - HC: 604624 SP 2020/0201600-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 26/08/2020)

[10] Ementa: Agravo de instrumento. Ação de regulamentação de guarda e regime de visitas. Menor. Decisão agravada que fixou regime provisório de visitas em benefício do genitor, três vezes por semana, a cada quinze dias, das 14h00 às 16h00. Visitas a serem realizadas em local de preferência da genitora, com acompanhante terapêutico. Agravante que pleiteia a reforma da decisão agravada, pedindo a suspensão das visitas deferidas ao genitor, em virtude da atual pandemia de coronavírus. Inadmissibilidade. Hipótese em que já realizados estudos técnicos pelos setores de psicologia e assistência social, recomendando a manutenção do convívio da infante com a família paterna. Contato da menor com o genitor que se mostra fundamental e salutar para o seu desenvolvimento e formação. Caso em que, embora não se olvide das cautelas sanitárias que a pandemia impõe, não é conveniente que a menor tenha cerceado o seu direito de convivência familiar, especialmente por período tão longo e incerto. Ausência, no mais, de

Explica o Tribunal de Justiça de São Paulo, em relação ao mérito do recurso, que há de se observar que as visitas feitas pelos genitores, antes de serem analisadas pela perspectiva de um direito conferidos aos mesmos, constituem a verdadeira proteção ao interesse dos filhos menores, conforme afirma Dias (2020), que as visitas dos genitores até os filhos são um direito da personalidade, na mesma categoria do direito à liberdade, através do qual o indivíduo, durante seu exercício, recebe as pessoas com quem deseja conviver, fundando-se em no elementares princípios de direito natural, assim como na necessidade de cultivar o afeto, de firmar, viver e desenvolvê-lo como elemento nuclear das relações intrafamiliares, fomentando à subsistência real do bem-estar e melhor interesse da criança.

Considerando ainda que a filha de ambos tem apenas 5 (cinco) anos de idade e possui uma boa relação com o seu pai, tal afirmação é comprovada nos próprios autos do Agravo de Instrumento, mais especificamente por laudo técnico do Setor de Assistência Social, o Tribunal de Justiça de São Paulo, mesmo considerando o contexto das medidas de segurança, acentua e destaca a importância da assistência afetiva entre ambos o genitor e a filha de 5 (cinco) anos e ainda explica que torna-se imperativo o retorno presencial dos contatos diretos, físicos, paternos, tais contatos tendo sido prejudicados em relação ao ano anterior de 2020. O Tribunal chega à essa conclusão tomando como base laudo do Setor de Psicologia (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2021), o qual corrobora com a necessidade da retomada dos contatos paternos, os quais no mesmo ano de 2020, sofreram sérios prejuízos, advindos das restrições impostas pela pandemia decorrente do Coronavírus, ainda presentes na sociedade brasileira. O Tribunal de Justiça de São Paulo ainda elucida que enquanto forem observadas as medidas de prevenção, como uso de máscara e higienização das mãos, é de suma importância a salvaguarda do melhor interesse da criança. Concluindo o julgamento do mérito do recurso em questão, o Tribunal (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2021) explica que a tendência atualmente, em meados de Agosto de 2021, é a não inibição das visitas presenciais dos genitores aos filhos, desde que no caso concreto seja observado que tais genitores tenham demonstrado, anteriormente e atualmente, serem responsáveis em seguir as orientações de prevenção da transmissão da COVID-19.

---

quaisquer elementos a indicar comportamento desidioso ou inobservância das normas sanitárias por parte do genitor. Decisão agravada mantida. Recurso improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2021)

Considerando o anterior, é um bom sinal para o futuro imediato a mudança nas decisões dos tribunais, em relação a visitação dos filhos e a manutenção dos laços dos genitores em relação aos filhos[11], pois em 2020, pela situação extrema da pandemia do Coronavírus, foi considerável a parcela das decisões em tal ano, relacionadas a visitação, contra o contato físico entre os genitores e filhos os quais não vivem no mesmo ambiente, na mesma casa.

Todavia, a tomada dessa postura, ainda que seja compreensivo considerando o estado caótico e repentino da sociedade brasileira, causou na época e continua causando até hoje danos morais e afetivos a essas crianças, o maior equívoco de fato foram essas decisões anteriores consideraram a manutenção de videochamadas como elemento suficiente para se manter os vínculos afetivos dos genitores em relação aos filhos.

Para reforçar a importância o contato físico, o toque nessas relações, O Supremo Tribunal Federal, tendo como relator Gilmar Mendes, recebeu um caso de *Habeas Corpus* coletivo solicitando extensão, em pedido liminar, em favor de todos os presos que possuem - sob a sua única responsabilidade - crianças menores de 12 (doze) anos e deficiêntes contra decisões de Tribunais Hierarquicamente inferiores, Tribunais dos Estados, Tribunal do Distrito Federal e Territórios[12].

Destaca ainda a Defensoria Pública da União em relação ao caso que "essas crianças, que muitas vezes já passaram pelo sofrimento do afastamento materno (pelos mais variados motivos), são ainda mais expostas e fragilizadas, pelo que o pedido que se faz neste *habeas corpus* tem destacada relevância" demonstrando não só o dano

[11] HC 2210571-17.2020.8.26.0000 SP 2210571-17.2020.8.26.0000. HC 593613 RS 2020/0159718-3. HC 683962 SP 2021/0243462-1. HC 0385021-47.2019.3.00.0000 MA 2019/0385021-5. HC 0099418-87.2019.3.00.0000 SP 2019/0099418-9. HC 620403 SP 2020/0274623-9. HC 0099418-87.2019.3.00.0000 SP 2019/0099418-9. HC 604624 SP 2020/0201600-5.

[12] Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. 4. Previsão legislativa no art. 318, III e VI, do CPP. 5. Situação agravada pela urgência em saúde pública decorrente da propagação da Covid-19 no Brasil. Resolução 62/2020 do CNJ. 6. Parecer da PGR pelo conhecimento da ação e concessão da ordem. 7. Extensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos do HC 143.641, com o estabelecimento das condicionantes trazidas neste precedente, nos arts. 318, III e VI, do CPP e na Resolução 62/2020 do CNJ. Possibilidade de substituição de prisão preventiva pela domiciliar aos pais (homens), desde que seja o único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, desde que não tenha cometido crime com grave violência ou ameaça ou, ainda, contra a sua prole. Substituição de prisão preventiva por domiciliar para outros responsáveis que sejam imprescindíveis aos cuidados do menor de 6 (seis) anos de idade ou da pessoa com deficiência. 8. Concessão do habeas corpus coletivo.(STF - HC: 165704 DF 0006235-64.2018.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 24/02/2021).

sofrido recentemente pela não contemplação extensiva advinda da Suprema Corte em relação a esses grupos vulneráveis, mas como também o sofrimento anterior e continuado do afastamento dessas crianças, ilustrando a importância e a necessidade de se observar atentamente os casos envolvendo o afeto como elemento nuclear.

Mesmo a Suprema Corte tendo concedido *Habeas Corpus* anterior histórico, o caso das mães gestantes ou únicas responsáveis de crianças menores de 12 (doze) anos, em contexto pré pandêmico da COVID-19, ainda houve posteriormente, essa inobservância do escopo que deveria ter a decisão nesse caso, não atentou-se verdadeiramente à necessidade da criança e do deficiente vulnerável de ser cuidado e protegido, física, mentalmente e afetivamente, atentou- se a uma porção da problemática, ao lado das mães dessas crianças e deficientes, mas não englobou todos os aspectos do afeto como um valor jurídico, como um guia orientador das decisões. Não foi atentado o lado mais vulnerável dessa relação.

Todavia, com o novo contexto imposto pela COVID-19, foi trazido a atenção da Suprema Corte essa necessidade, a qual já existia antes, a manutenção da assistência afetiva do responsável por essa criança menor de 12 (doze) anos de idade e do deficiente, a proteção do interesse de ambos, de suas integridades físicas, mentais e afetivas, o contato com esses grupos, por pelo menos um responsável, seja genitor, membro familiar ou guardião.

Esse raciocínio anterior é corroborado pelo relatório da Defensoria Pública da União elaborado durante o trâmite processual, o qual averiguou que a situação da pandemia do Coronavírus reforça a necessidade do julgamento adequado do processo em questão, argumentando a necessidade de se garantir o convívio das crianças com seus responsáveis, durante esse período de quarentena e isolamento social, assim como a possibilidade de reduzir o número da população carcerária, com justificativa sustentada constitucionalmente, o melhor interesse da criança, de modo inclusive a reduzir os riscos de contaminação pela Covid-19 em um sistema prisional lotado e por último que as recentes proibições de visitas - no âmbito do sistema penitenciário - podem causar o prolongamento do distanciamento das crianças de seus responsáveis.

Depois de considerar, por exemplo, a submissão de um número significativo de presos, alojados em determinadas alas ou em um presídio inteiro, a condições precárias, com a resolução de um ou alguns casos isolados, haverá a falha do objeto do princípio da igualdade de todos perante a lei, enquanto houverem casos análogos os quais não

estejam sendo contemplados, continuará a perpetuação do dano original que causou a apreciação dos primeiros casos, perpetuado em tais casos análogos, assim não sendo capaz de resolver a raiz do problema.

Considerando tudo que o próprio relator Gilmar Mendes trouxe ao caso, é evidente que a fragilização da assistência afetiva se intensificou no novo contexto da quarentena, de forma intrafamiliar, exemplificado pelos votos dos ministros, e também de forma externa, no acesso à justiça, na busca pela reparação dos danos sofridos pela fragilização da assistência afetiva, especialmente, em casos em que tais núcleos familiares possuem baixa renda ou baixo grau de instrução, agravando o acesso à justiça, e, por consequência, amplificando a fragilização do afeto aos filhos atualmente.

Na mesma linha de raciocínio, explanado por Farias e Rosa (2020), que há ainda uma grande incerteza jurídica em relação ao afeto, por um lado há decisões que seguem e dão ênfase ao afeto sustentado por outras ciências, como a Sociologia e a Psicologia, e por outro há diversas decisões conflitantes no poder judiciário brasileiro que entram em conflito direto com o posicionamento moderno em relação ao afeto nas relações familiares e sociais em sociedade.

Há uma espécie de "dualidade divergente" no entendimento brasileiro do afeto, muito bem demonstrado por Farias e Rosa (2020), analisando cuidadosamente a decisão de um caso julgado pelo STJ pelo Ministro Marco Buzzi. Desse caso foi abstraído essa "dualidade divergente" comparando as decisões anteriores ao caso destacado, as quais tratavam o afeto como um elemento dentro do caso com força principiológica, com decisões como a desse caso e de meados da época em questão, os quais tratam o afeto como um postulado normativo aplicativo, ou seja, sem força principiológica, embora cumpra papel crucial como ferramenta interpretativa no processo hermenêutico.

Também é entendido por Farias e Rosa (2020) a existência de uma "nova principiologia" para as relações de parentalidade, as quais estão sendo analisadas com o entendimento do afeto como um postulado normativo aplicativo, e o segundo, para além dessa nova principiologia, é afirmada a afetividade como paradigma norteador das relações de família, destacando sua nova função de apoioao processo hermenêutico.

Continuam o pensamento, igualando o não enquadramento do afeto como princípio fundamental e reconheceu-se como um postulado aplicativo das normas do Direito das Famílias, as quais precisam ser interpretadas e utilizadas a partir do afeto como um paradigma norteador.

Por consequência do explicitado acima, o voto do civilista Ministro Marco Buzzi, em relação ao caso analisado por Farias e Rosa (2020), é reconhecido por Farias e Rosa (2020) como correto tendo em vista a recomendação das teorias dos princípios, promovendo um enquadramento da afetividade como elemento estrutural para a aplicação das normas, sem necessariamente possuir força principiológica. Apontando a incerteza, após contextualizar-se tal pensamento com os casos concretos apresentados, do afeto em casos nos quais a sua identificação, categorização e utilização adequada são indispensáveis para que seja alcançada, da forma mais aproximada possível, a satisfação da justiça.

Temos em casos extremos como os exemplificados anteriormente, conhecidos na doutrina como *extreme cases*, situações fora da curva, porém caso não sejam feitas novas mudanças em resposta ao novo contexto também extremo que tem sido vivido no Brasil desde 2020, tais *extreme cases* não poderão mais ser considerados raros, aí haverá a culminação da fragilização afetiva em relação a tal novo contexto, na normalização de tais casos e dentro dessa normalização a rigidez jurídica a qual deveria adaptar-se se mostra lenta e ineficaz na resolução dos conflitos de forma satisfatória para a população.

Analisado e explicado a fundo por Farias e Rosa (2020), para tais casos extremados é necessária a delimitação de uma base de compreensão, a adoção de uma lente interpretativa ou ponto de vista diferente, não se tratam esses casos de uma regra inválida ou inconstitucional, incompatível, com o sistema judiciário, pelo contrário, é observado a validez e aplicabilidade ao caso concreto. Contudo, o seu comando normativo, suas diretrizes principiológicas, são incompatíveis com os contornos particulares do caso - os quais transcenderam e extrapolaram o resultado almejado pela regra geral quando elaborada pelo legislador, demonstrando por fim que a rara ocorrência da situação concreta faz com que a regra se mostre insuficiente ao contemplar e tentar incidir na hipótese em questão.

Demonstrada a fraqueza, a derrotabilidade da norma-regra todavia é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais buscados pelo sistema jurídico como um todo, assim como os pretendidos pela própria regra, somente para promover a sua aplicação fria e insensível em um caso concreto. Sendo necessário observar-se o princípio da ponderabilidade, não há uso para uma norma-regra inflexível e toda-poderosa, tal norma-regra estará condenada a ser insuficiente e mesmo diante de

casos excepcionais e difíceis, se demonstrar falha em sua intenção original quando redigida pelo legislador, assim tal norma-regra estará fadada à sua exclusão, modificação ou incremento por outra norma-regra.

Independente de qual forma for optada, o afeto, mais especificamente, a assistência afetiva, urgentemente, precisa ser categorizada e analisada pelo sistema jurídico, para evitar-se a cumulação de novos danos.

Levando em consideração o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa (2020), demonstrado acima, há a necessidade de analisar arduamente tais casos extremos e baseando-se neles, buscar soluções, medidas e mecanismos mais efetivos para a reparação dos danos causados pela fragilização da assistência afetiva, tais danos atualmente não possuem uma medição média, não possuem uma resposta média que satisfaça a necessidade de se manter a assistência afetiva e que ainda respeite todas as medidas de segurança em relação à pandemia do Coronavírus.

## 6. CONCLUSÃO

Por tantos obstáculos enfrentados pelas famílias dentro dos casos elucidados, assim como os pensamentos de doutrinadores e juristas do Direito elaborados, com base em pensadores da Psicanálise, e ainda pelos novos desafios impostos pelo protocolo de segurança da pandemia da COVID-19 às famílias nesse período, a assistência afetiva entre membros intrafamiliares está fragilizada e prejudicada.

Além disso, a responsabilidade afetiva dos responsáveis, em relação às crianças, adolescentes e deficientes, foi demonstrada, considerando sua situação de dependência física, relacionado à sua capacidade de sobrevivência, incluindo água, comida, abrigo e higiene, assim como a dependência emocional, relacionada ao afeto, do qual esses grupos vulneráveis necessitam e que são providos por seus responsáveis, sendo assim, é indispensável que o exercício dessa responsabilidade por essas crianças, adolescentes e deficientes preserve esses vínculos afetivos, os quais são um direito fundamental da personalidade desses grupos.

Em relação aos impactos diretos e indiretos da quarentena, advinda da pandemia do Coronavírus, na relação intrafamiliar, no convívio familiar discutido no primeiro capítulo, há de se destacar às questões das disputas de guardas e visitação as

quais sem dúvida foram afetadas e prejudicas em detrimento da criança, do adolescente e do deficiente, utilizando os protocolos de segurança relacionados à COVID-19 como forma de reduzir o direito da personalidade desses grupos vulneráveis, usado em instâncias sem considerar o dano que a ausência desse afeto, desse toque tão importante, que causaria a esses menores de idade e deficientes, que possuem o direito da visitação de seus responsáveis, apenas demonstrado no caso concreto o risco eminente de contaminação, relacionado à não obediência dos protocolos de segurança relacionados à COVID-19 que poderia ser considerado a suspensão dessas visitas, o que infelizmente não é sempre o caso.

Resultando assim em danos possivelmente irreparáveis às crianças, adolescentes e inclusive deficientes, assim como os próprios responsáveis por esses grupos, tais danos advindos da insegurança jurídica descrita acima, sendo ainda mais amplificados pela situação fragilizada desses grupos diante dos desafios enfrentados durante a quarentena do COVID-19 e as medidas de segurança.

Sustentado pelo caso julgado pelo relator Gilmar Mendes e Vito Guglielmi, há insegurança jurídica em excesso se tratando de casos que envolvam o afeto como elemento crucial, essa temática foi discutida no segundo capítulo em relação às origens do afeto no ordenamento jurídico, demonstrando divergências em excesso - quanto ao entendimento da jurisprudência e doutrina - do que é o afeto e como ele deve ser interpretado e considerado nos julgamento.

Por isso, o afeto em si - como elemento jurídico dentro ordenamento brasileiro - deveria ter seu valor jurídico, discutido no terceiro capítulo o afeto como valor jurídico, considerado apenas como um postulado do Direito Civil das Famílias, tendo assim apenas um papel de guia para o trabalho hermenêutico relacionado aos casos concretos enfrentados dentro do Direito Civil das Famílias, visto que, em sua forma atual, tendo sido considerado por parte do ordenamento jurídico brasileiro como uma norma, como um princípio fundamental ou como princípio geral do Direito Civil das Famílias, houve e continua ocorrendo precipitações em seu uso, existe dentro das decisões as quais o afeto permeia como elemento nuclear, como elemento principal, muitas inconsistência e contradições, até mesmo dentro dos mesmos tribunais, e por causa disso há danos irreparáveis às famílias envolvidas, em especial, as crianças, adolescentes e deficientes.

Existem instâncias de decisões opostas em relação ao entendimento do papel do afeto em cada caso, por isso conclui se nesse trabalho que, ao considerar o afeto como

postulado sem força principiológica, há menos possibilidades de ocorrerem aplicações equivocadas do afeto nessas decisões, retirando a possibilidade de justificar decisões baseando-se no afeto como um princípio jurídico advindo implicitamente da Constituição Federal de 1988, resta a possibilidade de usar o afeto apenas como ferramenta auxiliar no trabalho hermenêutico do jurista e intérprete da norma brasileira, sendo assim, não poderá o afeto ser justificativa de uma decisão, o afeto passará a ser uma bússolaguiadora das decisões do Direito Civil das Famílias.

Por fim, em relação ao último capítulo convivência familiar como forma de estabelecer vínculos afetivos, tratando-se das ações jurídicas possíveis dentro do contexto da quarentena, foi construído nesse trabalho que deveria ser atentado o melhor interesse da criança, ou seja, não existindo risco ou dano maior em relação aos seus outros direitos fundamentais, como direito à vida e à segurança, pois diante dos desafios e obstáculos enfrentados, durante a quarentena advinda do Coronavírus as crianças, os adolescentes e os deficientes são grupos ainda mais afetados, em parte por já serem grupos vulneráveis, por outra por serem dependentes física e mentalmente de seus responsáveis, condições essas que são fragilizadas tendo em vista os protocolos de segurança da COVID-19, porém que o afeto, que o convívio familiar, que o toque afetivo assim como a assistência afetiva, não deveriam ser sacrificados de forma tão inconsequente, pois a ausência desse afeto, desse toque tão essencial, implica danos gravíssimos ao desenvolvimento desses indivíduos, os quais, mesmo que haja a busca da reparação, não sumiram com facilidade ou sem sequelas, além do dano em si, foi privado desses grupos o direito de serem cuidados e criados em um ambiente com toque, com afeto.

## REFERÊNCIAS

BOWLBY, John. **Attachment and Loss**: Attachment. 2. ed. New York: BasicBooks, 1982. 1 v. Disponível em: <https://abebe.zohosites.com/files/John-Bowlby-Attachment-Second-Edition- Attachm ent-and-Loss-Series-Vol-1-1983.pdf> Acesso em: 21 out. de 2021.

_____. **Attachment and Loss**: Separation Anxiety and Anger. New York: S.i., 1973. 2 v. Disponível em: <https://abebe.zohosites.com/files/John-Bowlby-Separation-Anxiety-And-Anger-Attac hment-and-Loss-Vol-2-1976.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. **Attachment and Loss**: Loss and Sadness. New York: S.i., 1980. 3 v. Disponível em: <https://abebe.zohosites.com/files/John-Bowlby-Loss-Sadness-And-Depression-

Atta chment-and-Loss-1982.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL.Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, 5 de out. de 1988. Disponívelem <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 13 de jul.de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>.Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021: Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. **Portal da Legislação**, Brasília, 10 de jun. de 2021 Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14129.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 13.994, de 24 de abril de 2020: Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. **Portal da Legislação**, Brasília, 24 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13994.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto n. 10.278, de 18 de março de 2020: Regulamenta o dispostono inciso X do caput do art. 3º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e no art. 2º-A da Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, para estabelecer a técnica e os requisitos para a digitalização de documentos públicos ou privados,a fim de que os documentos digitalizados produzam os mesmos efeitos legais dos documentos originais. **Portal da Legislação**, Brasília, 18 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10278.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ação de habeas-corpus n. 604624-SP (2020/0201600-5)**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Estado de São Paulo, 26 de agosto de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919861756/habeas-corpus-hc-604624-sp-2020-0201600-5/decisao-monocratica-919861766?ref=serp> Acesso em: 05 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Ação de habeas-corpus n. 0006235-64 (2018.1.00.0000) DF 0006235-64 (2018.1.00.0000)**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1170666157/habeas-corpus-hc-165704-df- 0006235-6420181000000/inteiro-teor-1170666160> Acesso em: 19 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento n.AI AI 2059483-92 (2021.8.26.0000). SP 2059483-92 (2021.8.26.0000)**. Relatora: Vito Guglielmi. São Paulo, 8 de Julho de 2021. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1244400390/agravo-de-instrumento-ai-2 0594839220218260000-sp-2059483-9220218260000/inteiro-teor- 1244400458 Acesso em: 19 set. 2021.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Org.). **Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009**. Brasília: Cnj, 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1 d4b5a.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRETHERTON, Inge. The origins of attachment theory: John Bowlby and Mary Ainsworth.. Developmental Psychology, [s.l.], v. 28, n. 5, p.759-775, 1992. American Psychological Association (APA). Disponível em: <http://psychology.psy.sunysb.edu/attachment/online/inge_origins.pdf> Acesso em21 out. 2021.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/15821790/ Princípio_da_Afetividade_no_Direito_de_Fam ília> Acesso em: 05 nov 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico.In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais Eletrônicos...** Fortaleza: Fundação Boiteux, 2009. p. 1545-1563. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/ 3911.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020.

DALBEM, Juliana Xavier; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Teoria do apego: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento. **Arquivos Brasileiros de Psicologia,** Rio de Janeiro, v.57, n.1, p.12-24, jun. 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-5267200500010 0003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Editora Juspodivm; 14. ed., 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto**. Salvador, BA: Juspodivm, 2020.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil:** Famílias e Sucessões. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de DireitoCivil:** Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Adriana de Albuquerque. **A teoria do apego no contexto da produção científica contemporânea.** 2011. 285 f. Dissertação (mestrado) -Universidade Estadual

Paulista, Faculdade de Ciências, 30 mar. 2011.Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/97442>. Acesso em: 21 out. 2021.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil.** v.7. Direito de Família. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

HARIGAYA, Hugo Heiske. **Princípio da afetividade:** as diversas aplicaçõesda afetividadeno núcleo familiar. Maio de 2019, Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia> Acesso em 05 out. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. **R. Brasileirade Direito das Famílias e Sucessões**, p. 144-159, 2007.

_____. **Código Civil Comentado.** Direito de Família. Relações de Parentesco.Direito Patrimonial. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 43. v. XVI.

NAHAS, Luciana Faísca; ANTUNES, Ana Paula de Oliveira. Pandemia, fraternidade e família: a convivência e a importância da manutenção dos laços familiares. **Revista Pandemia, direito e fraternidade**: um mundo novo nascerá. Caruaru, Editora Asces, 2020. Disponível em: <http://repositorio.asces.edu.br/handle/123456789/2619>. Acesso em 19 out. 2021.

OLIVEIRA, Mirian E. de; SIQUEIRA, Alessandra C.; ZANDONADI,Antônio C. A importância do afeto materno através do toque para o desenvolvimento saudável da criança. **Revista FAROL**, v. 3, n. 3, mar. de 2017, p.97-110. Disponível em: <http://www.revistafarol.com.br/index.php/farol/article/view/46/71>. Acesso em: 9 de nov. 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Do visitar ao "com viver"**: um novo olhar ao tempo dos filhos com cada um de seus genitores após as dissoluções afetivas. In:VERONESE, J. R. P.;

SILVA, R. L. D. **A Criança e seus Direitos**: entre violações e desafios. Porto Alegre, Editora Fi, 28 set. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1567/Pandemia,+fraternidade> Acesso em 19 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família: breves considerações. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, 2012.

# CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CARÁTER PROMOCIONAL E PROTETIVO DASNORMAS QUE TUTELAM O DIREITO DO TRABALHO DA MULHER

Thaísa Alessandra Fernandes do Rosario[1]
Adriana Gomes Medeiros de Macêdo Dantas[2]

**RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar a legislação especial de proteção ao trabalho da mulher, considerando a abordagem constitucional e infraconstitucional, sem deixar de se atentar às pretensões constituintes em afirmar um caráter promocional e protetivo das normas destinadas às mulheres trabalhadoras. Com isso, se busca, principalmente, averiguar se os referidos diplomas normativos produzem a eficácia desejada, no sentindo de se discutir acerca da urgência de normas jurídicas que tutelem esses direitos trabalhistas, para a efetivação do direito social fundamental ao trabalho descente para as mulheres. Nessa perspectiva, será traçado uma breve evolução histórica da inserção da mulher no mercado de trabalho e do surgimento das leis voltadas à proteção das trabalhadoras, acrescido da exposição de alguns dados que retratam a presença minoritária da mulher nos ambientes laborais nos dias atuais, para então, se compreender a abordagem constitucional diferenciada às mulheres, com um caráter promocional e protetiva e a relevância dos dispositivos infraconstitucionais, com destaque ao capítulo específico destinado a mulher, presente na CLT, para a efetivação do direito fundamental social ao trabalho para população do gênero feminino. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com uso de teses, artigos e publicações em revistas especializadas, além da analise de legislação e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Proteção do trabalho da mulher. Necessidade. Efetivação de direito fundamental.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: thaisafernandes22@gmail.com
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: adrianagomes@unirn.edu.br

**CONSIDERATIONS ABOUT THE PROMOTIONAL AND PROTECTIVECHARACTER OF RULES GOVERNING WOMEN'S LABOR LAW**

**ABSTRACT**

This paper aims to analyze the special legislation for the protection of women's work, considering a constitutional and infra-constitutional approach, while paying attention to the constituent pretensions in asserting a promotional and protective nature of the norms aimed at women workers. With this, it seeks, mainly, to find out whether the normative diplomas should be useful, in the sense of discussing the urgency of legal norms that protect these labor rights, for the realization of the fundamental social right to decent work for women. In this perspective, a historical evolution of the insertion of women in the labor market and the emergence of laws aimed at the protection of female workers will be traced, plus the exposure of some data that portray the minority presence of women in working environments today, for then, understanding the differentiated constitutional approach to women, with a promotional and protective character, and the education of infra-constitutional devices, with emphasis on the specific chapter on women, present in the CLT, for the realization of the fundamental social right to work for the female population. The methodology used was bibliographical research, using theses, articles and publications in specialized journals, in addition to the analysis of legislation and jurisprudence.

**Keywords:** Women's labor protection. Need. Realization of fundamental law.

## 1 INTRODUÇÃO

A inserção da mulher no mercado de trabalho se deu, em grande medida, a partir da revolução industrial, oportunidade na qual as mulheres migraram para às indústrias. Nesse contexto, nasceram também inúmeros desrespeitos a dignidade das trabalhadoras, visto que as condições de trabalho eram terríveis e não havia legislação capaz de disciplinar tal situação.

Diante disso nasceram as primeiras leis trabalhistas, em âmbito mundial, com atenção especial destinada às mulheres, porquanto fosse necessário considerar as

diferenciações fisiológicas existentes entre os gêneros. No Brasil não fora diferente, de modo que antes mesmo da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, já existiam alguns decretos voltados à tutela do trabalho da mulher, versando principalmente acerca de condições relacionadas à maternidade.

Com a Constituição Federal de 1988, fora instituído o princípio da igualdade entre todos os cidadãos, não cabendo qualquer distinção destes perante a lei, todavia, Carta Magna, afirmou espécies de exceções positivas para tal igualdade. É certo que, no que diz respeito às mulheres a lei maior atenta-se à importância e necessidade, de proteger o trabalho da mulher, mediante incentivos presentes na lei, dentre outras questões. Assim sendo, o direito ao trabalho decente é um direito fundamental social de todas as mulheres, o qual deve ser efetivado por meio de dispositivos normativos infraconstitucionais que instiguem a inserção e permanência da mulher no mercado de trabalho e, por óbvio, considerem suas particularidades fisiológicas.

Nessa medida, o legislador constituinte deixa para as normas infraconstitucionais a missão de resguardar o trabalho da mulher, desde que através de incentivos. Com isso, se quer dizer que o constituinte permitiu, na legislação, o zelo ao trabalho da mulher, possibilitando, inclusive, normas que tratem exclusivamente da realidade das trabalhadoras, factível até o seu favorecimento, desde que para fins de igualdade material entre os gêneros nos ambientes laborais.

Contudo, muito embora o caráter protetivo e promocional presente na Constituição Federal, resta-se o questionamento acerca da efetividade da tutela jurídica do trabalho da mulher. Nessa perspectiva é cabível analisar a realidade do mercado de trabalho brasileiro, bem como a (não) presença das mulheres nos ambientes laborais, considerando a carga histórica, que alimenta preconceitos, e as especificidades sociais e fisiológicas femininas.

Assim sendo, diante dos persistentes obstáculos e da contínua minoria das mulheres ativas no mercado de trabalho, cabe a indagar se as normas que tutelam o trabalho da mulher constituem mecanismos capazes de efetivar o direito fundamental ao trabalho para as pessoas do sexo feminino.

Neste diapasão, a presente pesquisa cientifica se propõe, em primeiro momento a contextualizar, de forma histórica, a inserção das mulheres no mercado de trabalho, a fim de compreender os caminhos percorridos pelas pessoas do gênero feminino para incluírem-se no trabalho remunerado. Isto porque, não se deve olvidar o

fato de que o direito do trabalho surge, em grande medida, em atenção às condições vivenciadas pelas trabalhadoras, razão pela qual se julga importante compreender o referido percurso.

Ademais, será proposta a análise de alguns dados a serem expostos, os quais demonstram, em números, a menor presença das mulheres no mercado de trabalho do Brasil, vez que ocorre o diálogo dos dias atuais com os tempos mais remotos, sendo certo que há a perpetuação de obstáculos à inserção e permanência em trabalhos remunerados. Alias, não apenas entraves para a integração das mulheres nos ambientes laborais, mas também resistência em ofertar condições correspondentes a dos trabalhadores do gênero masculino.

Ato contínuo, após a exposição dos impasses que barram as mulheres no mercado de trabalho e evidenciam o afastamento destas ao trabalho remunerado, cabível examinar o papel do direito frente à hipossuficiência evidente da mulher nas relações de emprego. Ora, as pessoas do gênero feminino enfrentam dificuldades em ocuparem postos de trabalho, não apenas nos tempos passados, mas também na atualidade, porquanto reste-se nítida a necessidade urgente de fazer valer a igualdade consagrada no Constituição Cidadã.

Neste ponto, cabe atentar-se ao fato de que, além do princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, a Constituição Federal de 1988 é recheada de direitos fundamentais, dentre eles o direito fundamental social ao trabalho, presente em seu art. 7º, no qual há menção, inclusive, à necessidade de se oferecer a proteção ao trabalho da mulher, através de incentivos presentes na lei. Ainda, a carta magna demonstra especial preocupação com o gênero feminino em outros dispositivos normativos que levam em condições às condições relacionadas à maternidade.

Assim sendo, a partir da elucidação de tais pontos, a pesquisa se destinará também a examinar e compreender o caráter protetivo e promocional da Constituição Federal de 1988, no que diz respeito ao trabalho da mulher. Nessa mesma perspectiva, será estruturada uma análise da legislação infraconstitucional, no intuito de verificar o reflexo do mencionado caráter protetivo, afirmado no texto constitucional,na CLT.

Dessa maneira, a partir de uma análise do direito fundamental ao trabalho das mulheres, considerando a natureza jurídica, a eficácia da norma e a quem ela se destina, será verificada a evidente necessidade de o Estado promover ações capazes de efetivar a proteção da mulher no mercado de trabalho. Para tanto, o norte deve ser traçado a partir

de um tratamento equalitário, sem que seja desconsiderada a igualdade consagrada na Constituição Cidadã, conforme será melhor explicado no decorrer da pesquisa.

Por fim, será imperioso abordar a importância da norma celetista, visto que cabe a esta legislação específica o dever de considerar a discriminação positiva das mulheres, a fim de que consagre a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Neste ponto, o que tentará se discutir é o fato de que, a consideração das diferenças entre os gêneros e a atenção especial destinada a mulher nas leis trabalhistas constituem peças essenciais para a efetivação do direito fundamental social ao trabalho para as pessoas as mulheres.

## 2 OS PRIMEIROS DIREITOS DO TRABALHO DA MULHER

Preambularmente, para se discutir a tutela jurídica do trabalho da mulher, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como do desenvolvimento legislativo que caminhou como causa-consequência para permanência das trabalhadoras nos ambientes laborais.

Com a revolução industrial, o mundo presenciou alterações significativas nos meios de produção e relações de emprego, quando o trabalho artesanal e manufatureiro deu vez ao sistema fabril e à automação. Nessa perspectiva, com o maior uso das máquinas, ocorreu também o deslocamento das mulheres do trabalho doméstico para o trabalho na indústria.

Tal introdução da mão de obra feminina, nas palavras de Alice Monteiro de Barros, ocorrera, senão, em razão da redução dos esforços físicos provocada pelas máquinas, o que "tornou possível a utilização de meias-forças dóceis, não preparadas para vindicar, que suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente" (ALENCAR; BARROS, 2016, p.51).

Muito embora veja-se a inclusão da trabalhadora no ambiente laboral, a migração das mulheres do serviço doméstico para a produção fabril, em verdade, resultou na exploração máxima da mão de obra feminina. Há época, as mulheres eram submetidas a jornadas de trabalho quase que ilimitadas, em locais extremamente insalubres, com salários muito abaixo da remuneração auferida pelos homens.

Nesse contexto, não havia qualquer intervenção do Estado, o qual permanecia omisso diante dos descasos, porquanto as empresas preferissem, inclusive, mão de obra

feminina. Isso porque, em geral, conforme leciona Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 189), não havia óbice para a permanência das mulheres em seus locais de trabalho por 14, 15 ou até 16 horas diárias, nem tampouco à exposição das trabalhadoras a atividades em ambientes com pouca ou nenhuma higiene, ou ao cumprindo de obrigações, muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.

Considerando o cenário descrito acima, foi em busca da minoração dos flagrantes abusos da mão de obra feminina que nasceram as primeiras leis trabalhistas. Assim, começaram a surgir algumas normas com escopo ao resguardo do trabalho da mulher e do menor, disciplinando principalmente acerca da proteção à maternidade; à estipulação de horas máximas de labor diário e ao pagamento de salários mais equivalentes aos dos homens (NASCIMENTO, 2009, p.189-190).

Sendo assim, várias inovações legislativas foram nascendo paulatinamente pelo mundo todo. Tais normas de início eram totalmente difusas, porém com mesmo objetivo de promover a proteção do hipossuficiente, vez que deram origem ao direito do trabalho, em esfera global, destacando-se, neste particular, o Tratado de Versalhes e a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

A OIT, fundada em 1919, resultou, logo de início, na limitação da jornada de trabalho a 8 horas diárias e 48 semanais e, estabeleceu, ainda, a proteção à maternidade e ao trabalho noturno das mulheres. Com efeito, é responsável por formular e aplicar das normas internacionais do trabalho, por meio de convenções e recomendações e, tem por missão promover oportunidades para que homens e mulheres acessem um trabalho decente, livre, equitativo, seguro e digno.

O Brasil representa um dos países fundadores da OIT, participando das Conferências Internacionais do Trabalho desde a primeira reunião, razão pela qual importou medidas significativas no tocante à regulamentação do trabalho da mulher. À vista disso, Alice Monteiro de Barros e Jessé Alencar (2016, p. 176) descrevem dois importantes perfis para o domínio do trabalho da mulher introduzidos pela ação internacional:

> O primeiro, de caráter tutelar, articulou-se em duas direções: de um lado, a disciplina dirige-se à mulher no clico gravídico-puerperal (Convenções n.3, 103 e 183 da OT) e, de outro, impõe restrições ao trabalho da mulher, em geral, proibindo-lhe atividades insalubres, perigosas e penosas, onde se inclui o trabalho noturno das indústrias (Convenções n.4, 41 e 89 da OIT), em regime de horas extras e com pesos. O Segundo perfil caracteriza-se pela necessidade de se atribuir às mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com os homens no trabalho (Convenções n.

> 100 e 111 da OIT). Contraditoriamente, esse novo perfil coexiste com as normas de tutela à mulher, embora haja uma tendência a reduzir o seu rigor, como se infere do Protocolo n. 90 da OIT e da Convenção Internacional n. 171 de 1990, do mesmo organismo, que limita a proibição do trabalho noturno das mulheres àquelas que estiverem no ciclo gravídico-puerperal.

Consoante abordado pelos autores, há um paradoxo constituído na efetivação da tutela jurídica do trabalho da mulher, entre a real inserção das mulheres nas atividades laborais e a concessão de um tratamento totalmente igualitário aos homens no ambiente laboral. Vejamos que coexiste a necessidade de se disciplinar acerca das condições especiais de trabalho, adequando-as a realidade de cada gênero, alinhada à urgência de atribuir igualdade no tratamento dos trabalhadores e trabalhadoras.

Em âmbito nacional, o mencionado paradoxo, na visão de Lea Elisa Silingowschi Calil (SANTOS *apud* CALIL, 2019, p.87), converge à três importantes ondas de transição para o direito do trabalho da mulher, sendo a primeira relacionada à proibição, a segunda relacionada à proteção e a terceira à promoção. No caso, para a autora, a última onda nasce com a Constituição de 1988 e permanece vigente até os dias atuais.

Ora, a Constituição Cidadã, de 1988, provocou a igualdade e posicionou-se como antidiscriminatória, ao passo que afirmou no art. 5º, caput e inciso I, respectivamente, que "todos são iguais perante a lei" e que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (BRASIL, 1988). Ainda, no tocante, especificamente à igualdade no campo laboral, aduz, no art. 7º, inciso XX, ser direito fundamental social a "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei" (BRASIL,1988).

Nesse sentido, veja-se que a preocupação do legislador constituinte parte do intuito de promover a inserção das mulheres no mercado de trabalho no país, porquanto seja afastado qualquer caráter eminentemente discriminatório, admitindo- se legislação especial desde que voltada à proteção da mulher trabalhadora e a sua manutenção no mercado de trabalho.

Ademais, CF/88 determina, ainda no art. 7º, incisos XVIII e XXX, respectivamente, "a licença gestante, sem prejuízo do salário com duração de 120 dias" e a "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil" (BRASIL, 1988). Não obstante, faz referência às trabalhadoras nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10º, inciso II, alínea b, quando afirma que "fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa

causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto" (BRASIL, 1988).

Desse modo, resta-se nítido que o texto constitucional impõe, enquanto direito fundamental social, o trabalho descente à mulher, sendo certa a recepção de normas infraconstitucionais capazes de corroborar com a efetivação de tal direito. Isto porque, tais normas apenas espelham a preocupação esculpida na Carta Magna, qual seja a promoção do trabalho digno às mulheres.

## 3 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO DESCENTE PARA AS MULHERES

A Constituição de 1988 apresenta, no Título II os direitos fundamentais, que representam o conjunto de normas que garantem a convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA, 2016, p. 180). São direitos imprescritíveis, irrenunciáveis, invioláveis e universais, considerados peças basilares do estado democrático e, vinculam em especial o poder legislativo, já que, este é competente para disciplinar leis capazes de efetivar a aplicação dos direitos fundamentais.

Ademais, dividem-se entre os direitos individuais e coletivos, os sociais, os de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos dos partidos políticos. Os direitos sociais, por sua vez, encontrados no Capítulo II do Título supracitado, constituem uma dimensão dos direitos fundamentais, os quais, nas palavras de José Afonso da Silva (2016, p. 288):

> São prestações positivas, proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A proteção do trabalho da mulher, encontra-se no art. 7º, inciso XX[3], presente no Capítulo II do Título II da Carta Magna, razão pela qual representa um direito social fundamental. Desse modo, constitui um elemento essencial para à manutenção da

[3] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

harmonia da sociedade e implica em uma obrigação positiva do Estado em proporcionar para as trabalhadoras condições laborais adequadas e dignas.

De mais a mais, a proteção das trabalhadoras e promoção de incentivos à inserção e manutenção das mulheres no mercado de trabalho, por tratarem-se de matéria constitucional, configuram por si elemento impreterível para manutenção do estado democrático e harmonia social. Trata-se do caráter rígido e supremo atribuído aos dispositivos constitucionais, vez que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, conferindo validade a todos os poderes estatais (SILVA, 2016, p. 47).

No entanto, muito embora seja direito fundamental social e configure norma basilar para o ordenamento jurídico nacional, há de se considerar a aplicabilidade e eficácia do dispositivo ora citado, conforme esclarece Uadi Bulos (2014, p; 824):

> Eficácia contida, o constituinte de 1988 pretendeu vincular o legislador infraconstitucional, compelindo-o a emitir comandos normativos para regular as formas de proteção ao mercado de trabalho da mulher, através de incentivos fiscais, facilitando o acesso e a garantia de emprego.

Dessarte, o constituinte, ao afirmar "a proteção" do trabalho da mulher, "mediante incentivos específicos, nos termos da lei", assujeita a efetividade da referida proteção e promoção às ações e providências a serem desenvolvidas pelo legislador infraconstitucional. Assim sendo, a tão importante norma protecionista pode vir a transformar-se em um dispositivo eminentemente simbólico.

Assim, veja-se que a Constituição de 1988 representa, de fato, um vasto caminho evolutivo percorrido, demonstrando preocupação com a proteção dos direitos trabalhistas das pessoas de sexo feminino. Contudo, não obstante todo o caráter protetivo, a desigualdade permanece latente no campo material.

Essa dissociação do conteúdo positivado e da realidade laboral feminina se dá, em geral, pelo fato de que a proteção às trabalhadoras nasce e morre no texto constitucional, configurando uma espécie de "constitucionalização simbólica". Acerca do tema, é certo que tal fenômeno ocorre quando vemos a ineficácia ou a não concretização das normas, muito embora estas correspondam às bases do sistema jurídico constitucional, tais como os direitos fundamentais (ABRANTES; SILVA *apud* NEVES, 2005).

O art. 7º, inciso XX, por possuir eficácia contida, atrai necessariamente, uma legislação infraconstitucional capaz de promover a igualdade dos sexos no ambiente

laboral, o que em via de regra caminha junto à intenção de promover a eliminação da discriminação da mulher no mercado de trabalho. Ocorre que, para tanto faz-se estritamente necessário considerar a suas condições fisiológicas especiais, ou seja, há de se tratar os desiguais, na maneira de suas desigualdades, como nos lecionou Aristóteles.

Como adverte Renata Coelho (2017, p.39), nem sempre uma discriminação, no sentido de um tratamento diverso estipulado em norma, afronta o princípio da igualdade, razão pela qual considerar as diferenças entre os gêneros seja tão importante para as normas que vão tutelar o trabalho da mulher. Assim, a lei deve considerar as diferenças entre os sexos para que às mulheres gozem de seu direito ao trabalho descente.

Acerca disso, traz-se à baila a concepção de Dworkin, quando considera o direito fundamental de igualdade e o direito ao tratamento como igual:

> O primeiro é o direito ao igual tratamento que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Todo cidadão, por exemplo, tem direito a um voto igual em uma democracia [...]. O segundo é o direito ao tratamento como igual, que é o direito não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa. Se tenho dois filhos e um deles está morrendo de uma doença que está causando desconforto ao outro, não demonstrarei igual atenção se jogar cara ou coroa para decidir qual deles deve receber a última dose de um medicamento. Este exemplo mostra que o direito ao tratamento como igual é fundamental e que o direito ao igual tratamento é derivado. (DWORKIN, 2010, p. 350).

Nessa perspectiva, na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, é proposta atenção especial à trabalhadora, com destaque não apenas para a busca da extinção de salários e oportunidades desiguais, mas também para a consideração de suas condições fisiológicas, ligadas principalmente à maternidade. Isto porque, como já explanado, a igualdade constitucionalmente consagrada não corresponde a uma desconsideração das diferenças.

Acerca de tais condições diferenciadas, interessante analisar as considerações de Calil (2007, p.29) quando propõe reflexão sobre o fato de que, se há menção corriqueira ao direito do trabalho “das mulheres”, há de se verificar a existência de um direito do trabalho “dos homens”, porquanto presentes distinções entre ambos. Com isso, notadamente, para a efetivação do caráter promocional da legislação especifica que tutela o trabalho da mulher, será necessário ponderar as diferenças entre homens e

mulheres.

Dessa maneira, as normas que disciplinam os direitos e deveres dos e das trabalhadoras exigem a elucidação das diferenças entre os gêneros, a fim de que seja proposto o tratamento desigual apropriado para findar a árdua trilha pela igualdade entre os sexos nos ambientes laborais. De igual modo, o texto constitucional perderia o caráter simbólico, visto que a proteção e promoção laboral se transformariam em realidade material.

## 4 A NORMA CELETISTA E A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA DA MULHER

As leis trabalhistas no Brasil, hoje compiladas, nasceram de forma difusa, com inúmeros decretos publicados sempre no intuito de promover a proteção do trabalhador. Não diferente fora com as normas que disciplinam o trabalho da mulher, de modo que os primeiros decretos se preocuparam, em geral, com as trabalhadoras gestantes, além de disciplinar, ainda que de forma embrionária, acerca da necessidade de salários iguais e condições de higiene adequada no ambiente laboral.

Eis que, com a consolidação das leis trabalhistas, o trabalho da mulher recebe atenção especial no Capítulo III da CLT, reunindo artigos destinados à proteção das trabalhadoras. Muito do que se teve e se tem presente no referido capítulo originou-se dos mencionados decretos, a exemplo da licença maternidade; da possibilidade de amamentação para lactantes; da estabilidade para à gestante; da regulamentação do trabalho em locais insalubres; da vedação à contratações, demissões, promoções ou qualquer ato com preferência pelo gênero feminino, dentre outros.

Contudo, desde 1943, ano em que ocorrera a consolidação das leis trabalhistas, até os dias atuais, muitos foram os instrumentos normativos revogados e alterados na referida legislação. Tais alterações evoluíram sempre sob a justificativa de adequação do texto consolidado às novas complexidades e realidades sociais (SANTOS, 2019, p. 95).

Neste oportuno, cita-se o decreto-lei nº 21.417-A, de 1932, o qual fora o primeiro instrumento normativo com escopo exclusivo à tutela do trabalho feminino. Disciplinava acerca das condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais e tratou acerca da igualdade salarial, ao passo que afirmou que "sem distinção de sexo, a todo trabalho de igual valor correspondente salário igual" (RIO DE JANEIRO, 1932).

Ainda, o referido decreto proibiu o trabalho noturno da mulher, assim como em ambientes insalubres e perigosos e regulamentou o trabalho com pesos. Para as gestantes, garantiu um período de afastamento antes e após o parto, sem prejuízo de remuneração, a qual corresponderia a metade do valor do salário, além de proibir a dispensa da mulher em estado gravídico, em decorrência da gravidez e possibilitou a licença médica nos casos em que ocorrer aborto não criminoso, por fim, tratou acerca dos intervalos para as lactantes.

Anos depois, em 1934, a Constituição Federal acolheu algumas das normas protetivas, de modo que proibiu a diferença de salário em razão do sexo, vetou o trabalho em locais insalubres para mulheres e garantiu assistência médica e "serviços de amparo" à gestante.

A compilação das leis trabalhistas, com o Decreto-Lei nº 5.452, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, manteve toda a legislação protetiva ora existente. De igual modo, as constituições seguintes, de 1946 e 1967 mantiveram o posicionamento, destinando normas à proteção das trabalhadoras. Com a constituição de 1988, como já abordado acima, veio a igualdade formal entre homens e mulheres, porém, sem prejuízo da defesa de uma legislação voltada a proteção, inserção e manutenção da mulher no mercado de trabalho.

Já em 1989, a Lei n.º 7.855, de 24 de outubro de 1989, alterou a CLT e revogou vários dos artigos presentes no capítulo III, destinados à proteção do trabalho da mulher, quais sejam os artigos 374, 375, 378, 379, 380, 387, os quais disciplinavam, em geral, acerca da duração do trabalho e da proibição do trabalho noturno e em locais insalubres ou perigosos.

Ademais, outros artigos foram incorporados na CLT em 1999, por meio da Lei n.º 9.799/1999, dentre eles o art. 373-A, que veda a possibilidade de considerar o sexo para fins de contratação ou demissão e a publicação de anúncios de emprego com referências ao sexo e que proíbe a revista íntima. Ainda, em 2013, com a Lei n. 12.812, fora garantida a estabilidade provisória da gestante, conforme dispõe o art. 10, inciso II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No mais, ainda cabe citar o acréscimo do art. 394-A na CLT, em 2016, por meio da Lei n. 13.467, que determinava o afastamento da trabalhadora gestante ou lactante de qualquer atividade em local insalubre. O referido dispositivo teve sua redação alterada com a Lei n. 13.467 em 2017, quando passou a ser exigido um atestado médico para o

afastamento da gestante e lactante do trabalho insalubre. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938 considerou a exigência do atestado médico uma afronta ao direito social fundamental, porquanto hoje não seja exigível o referido documento.

A Lei n. 13.467 de 2017, também denominada de reforma trabalhistas, alterou em muito a CLT, inclusive no tocante ao capítulo destinado a proteção do trabalho da mulher, opondo-se ao caráter protecionista quando, nas palavras de Santos (2019), "introduziu mudanças claramente restritivas ao âmbito protetivo desse direito fundamental da mulher", vez que revogou o art. 384 na CLT e alterou as regras de trabalho em condições insalubres das trabalhadoras gestantes e lactantes.

De fato, da análise dos dispositivos citados para exemplificar o rol de direitos suprimidos ao longo dos anos, há de se considerar que, com a revogação de alguns dos instrumentos, ocorrera o afastamento de certas discriminações negativas, as quais implicavam, inclusive, na rejeição à contratação da mulher, a exemplo da proibição do trabalho noturno. De outra banda, o que se tenta frisar neste caso é a necessidade da manutenção de normas que estabeleçam tratamento especial à mulher, porquanto uma discriminação positiva da mulher, no intuito de contribuir com a inserção e manutenção das mulheres nos ambientes laborais.

Nessa perspectiva, destaca-se o caso do art. 384 da CLT, revogado pela reforma trabalhista, que trata acerca da concessão de um intervalo de 15 minutos para as mulheres nos casos de prorrogação de jornada, o qual, inclusive, já havia passado por exame de constitucionalidade no TST e no STF, oportunidades nas quais fora concluída pela recepção do instrumento normativo pela Constituição. Dentre os argumentos expostos, cabe citar o voto do Ministro Relator Ives Gandra:

> [...] O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, §7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, §1º) dizia claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termo de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada

> pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. (TST, 2009)

Na decisão, o Ministro considera o princípio da isonomia e então afirma ser cabível a discriminação positiva da mulher no caso em concreto. Posteriormente, em 2014, o STF também se pronunciou sobre o caso, ao julgar o Recurso Extraordinário 658.312, comungando dos mesmos argumentos expostos pelo TST.

Tais pensamentos corroboram, senão, diametralmente com o art. 7º, inciso XX da CF, vez que o art. 384 da CLT garante à mulher uma "diferenciada proteção, considerando sua identidade biossocial peculiar e sua potencial condição de mãe, gestante ou administradora do lar, realidade esta que ainda permanece nas mais diversas regiões do país" (SANTO, 2019, p.139).

À vista disso, compreende ser indispensável a existência de normas celetistas que propõem atenção especial a mulher trabalhadora, seja em razão da histórica discriminação e marginalização da mulher nos ambientes laborais, seja pelas condições fisiológicas que obrigam a sociedade a encarar de maneira diferenciada a trabalhadora em razão do seu gênero.

## 5 A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO DO BRASIL

Após as considerações acerca da inserção da mulher no mercado de trabalho e das formações legislativas com vias à proteção da trabalhadora, com relação ao caráter constitucional e às alterações infraconstitucionais, cabível é a explanação de alguns dados referentes a presença da mulher nos ambientes laborais nos dias atuais.

Por essa razão é que serão passados como referências as estatísticas publicadas pelo núcleo de pesquisas de Economia e Gênero da FACAMP – Faculdade de Campinas, a qual repercute os resultados dos microdados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE, referentes a realidade do mercado de trabalho do Brasil, no 2º trimestre de 2021.

De início, expõe-se algumas definições trazidas pela referida pesquisa, com vias ao melhor entendimento dos dados a serem passados como referência. O estudo verificou,

dentre a população em idade ativa (PIA) a população na força de trabalho (FT), que diz respeitos às pessoas que estiveram ocupadas (em trabalho remunerado) ou desocupadas (em busca de trabalho remunerado), além da população fora da força de trabalho (FFT), quais sejam as pessoas que não estavam nem ocupadas e nem desocupadas na semana de referência da pesquisa (FILLETI; FONSECA, 2021, p. 6).

Ademais, acrescenta-se que no grupo FT, uma subdivisão: as pessoas subocupadas, as quais representam uma parcela dos ocupados, sendo que trabalham menos de 40 horas semanais e estão dispostas e gostariam de trabalhar mais horas (FILLETI; FONSECA, 2021, p. 7).

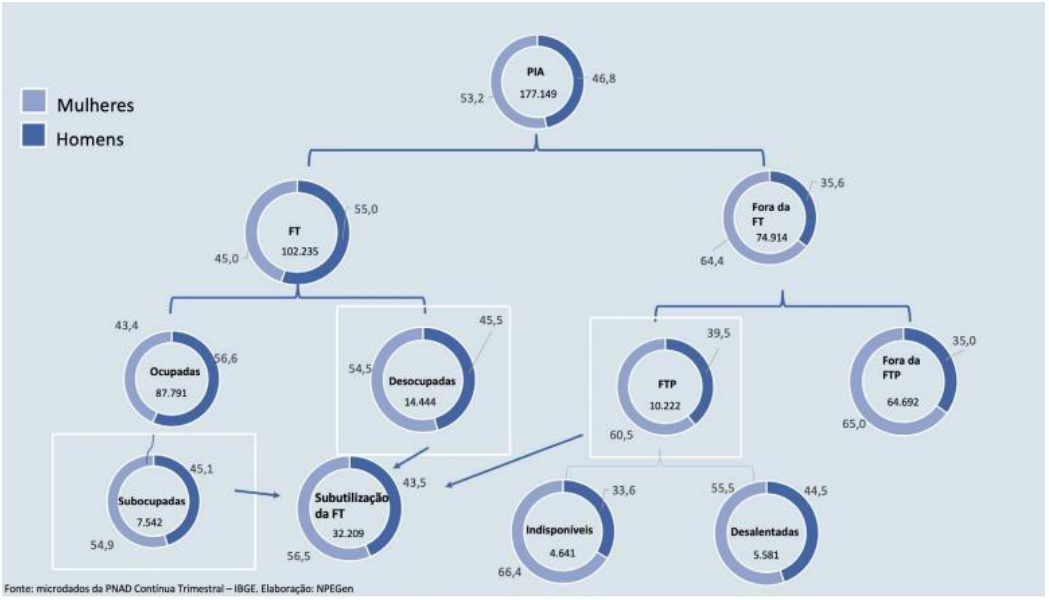
Elucidados os conceitos acima expostos, imperioso atentar-se ao fato de que os dados capturados pela pesquisa denunciam que as mulheres, apesar de constituírem maioria da população em idade ativa, estão em segundo lugar quando se trata da inserção no mercado de trabalho, visto que compõem em maior número o grupo das populações "fora da força de trabalho" e, quando dentro da força de trabalho, lideram no grupo das "desocupadas" e "subocupadas";

De toda a população em idade ativa, 53,2% são mulheres, contudo, apenas 45%, compõem o grupo da força de trabalho, ou seja, o mercado de trabalho está majoritariamente composto por homens. Ainda, do grupo "FT", há menor representatividade das mulheres na população ocupada, constituindo 43,4%, enquanto que no grupo da população desocupada, as mulheres lideram com 54,5%.

Em síntese, os dados indicam que apesar de ser maior parte da população, as mulheres não lideram as estatísticas de empregabilidade, de modo que os homens representam a maior parte da população dentro da força de trabalho, além da maior parte da população ocupada. Isto posto, é nítido que a mulher se posiciona à margem do mercado de trabalho, inclusive porquê os baixos índices da presença das mulheres em trabalhos remunerados não são reflexos do desinteresse destas em ocupar os espaços.

Vejamos os números comentados no gráfico a seguir, elaborado a partir dos dados obtidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE, para as quantidades de mil pessoas:

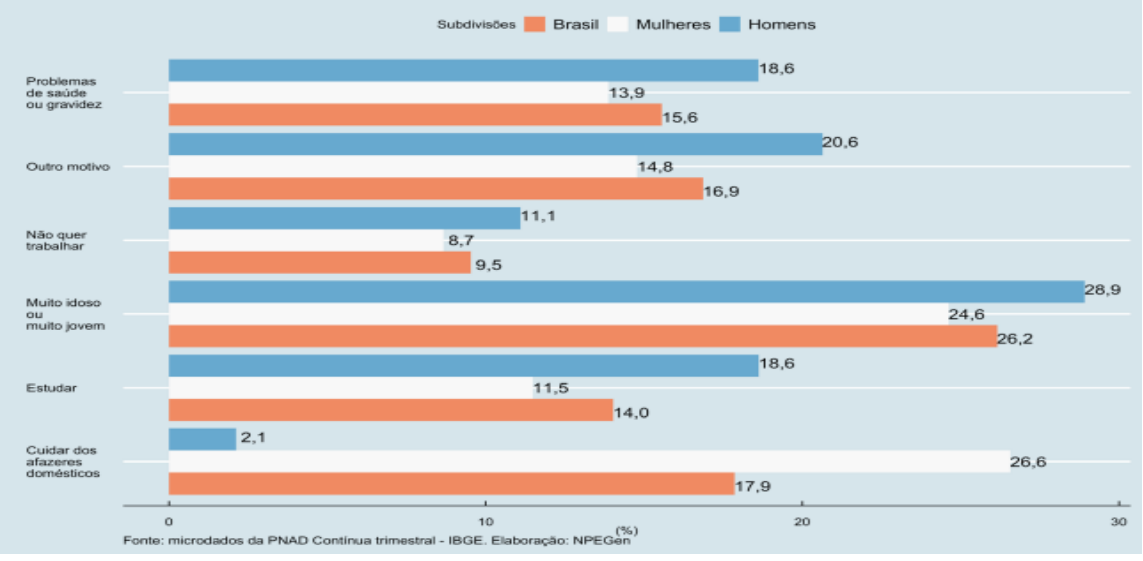
Gráfico 1 – Brasil: Composição da População em Idade Ativa (PIA) – 2º trimestre de 2021 (em mil pessoas).




**Fonte**: Microdados Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE – Elaboração Núcleo de Pesquisas de Economia e Gênero da FACAMP.

Como dito, as mulheres não estão fora da força de trabalho por opção própria. Na mesma pesquisa, foram ainda estimados os motivos que levam os cidadãos não estarem compondo a força de trabalho, quando se constatou que, no caso das mulheres, o principal motivo que as mantém fora do mercado de trabalho é a necessidade de manter o cuidado com os afazeres domésticos. A mesma justificativa esteve em último lugar quando os homens foram entrevistados, de modo que apenas 2,1% deles apresentaram tal justificativa, contra 26,6% das mulheres. Veja-se:

Gráfico 2 – Motivos para não estar na Força de Trabalho - 2º trimestre de 2021.




**Fonte**: Microdados Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE – Elaboração Núcleo de Pesquisas de Economia e Gênero da FACAMP.

Ora, da análise dos resultados obtidos pelas coordenadoras da pesquisa, ainda

que se tenha em mente que, em geral, os índices de desempregos são alarmantes, quando é aplicado o recorte de gênero, os resultados tornam-se ainda piores, já que não se vislumbra nem próxima igualdade entre os gêneros nas ocupações das forças de trabalho. Nessa perspectiva, é fácil de se concluir que a realidade precária do trabalho da mulher observada no século passado persiste até os dias atuais, lógico que respeitadas as complexidades da época.

Sem que se cometa anacronismos, é certo que a mulher continua, em geral, fora do mercado de trabalho e, ainda, quando inserida, ocupando majoritariamente os subempregos, com menores salários. Assim, a força de trabalho feminina segue protagonista de exploração, porquanto, certifica-se a insuficiência da legislação trabalhista em proteger o trabalho da mulher.

Essa realidade apenas corrobora com a tese de que os obstáculos enfrentados pelas mulheres para se inserirem e persistirem no mercado de trabalho permanecem de forma contínua, por causa multifatorial. Desse modo, não pode o ordenamento jurídico esquivar-se de sua obrigação em promover o gozo do direito fundamental social ao trabalho descente às mulheres.

Comunga-se, portanto, das conclusões de Rosangela Rodrigues, Silvia Teixeira e Viviane Christine (2021, p. 124):

> O Trabalho feminino precisa ser amparado por normas tuitivas infraconstitucionais e constitucionais, bem como pela criação e implementação de políticas públicas que assegurem, principalmente para as camadas mais vulneráveis da população, a concretização destes mesmos preceitos normativos. Não é custoso repetir que, passados mais de trinta e dois anos do advento da Carta Política de 1988, ainda se constata grande desigualdade salarial entre homens e mulheres, apesar de o art. 7º, XXX, proibir expressamente a diferença de salário quando o fator determinante for o sexo. Nessa perspectiva, destinar atividades tidas como menores e menos complexas, ligadas a estereótipo de gênero, somente para as mulheres, é atitude que se contrapõe diretamente ao princípio da igualdade.

No mais, ainda acerca da situação da mulher no mercado de trabalho, porém não mais tratando-se dos dados capturados na mencionada pesquisa, é interessante observar a majoração de homens nos ambientes laborais, principalmente no que diz respeito às posições de destaque é tão latente, que em análise do quadro de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, verifica-se um total de 26 ministros, sendo que somente 5 são mulheres, conforme informações disponíveis no portal online do TST.

Contudo, tal realidade se altera, a depender da função exercida. Ao analisarmos os dados levantados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, no ano de 2019, verifica-se que, no Brasil, do total de pessoas que trabalham no serviço doméstico, 92% são mulheres(FONTURA, 2019) Isso denuncia, senão, a divisão sexual do trabalho estrutural e presente no cenário laboral do país, visto que às mulheres é imputada a função de cuidar do lar enquanto que aos homens perpetua a função do intelecto e da força.

## 6 CONCLUSÃO

Neste interim, após uma breve análise acerca da inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como dos índices que demonstram a situação atual da participação da mulher nos ambientes laborais, somada à análise das medidas normativas que disciplinam o direito do trabalho das mulheres, seja a nível constitucional, seja em se tratando de normas infraconstitucionais, verifica-se que se faz urgente e necessária a existência e manutenção de uma legislação eficiente e específica para a tutela dos direitos trabalhistas das mulheres.

A mulher, desde sua inserção no mercado de trabalho, até os dias atuais, enfrenta dificuldades para entrar e manter-se no mercado de trabalho. Lógico que, em se tratando de períodos passados, tais dificuldades eram latentes, posto que era flagrante o desrespeito à dignidade das trabalhadoras, já nos dias atuais, as dificuldades enfrentadas pelas mulheres permeiam o campo do preconceito e das heranças históricas da exploração e precarização dos trabalhos desenvolvidos por mulheres.

O fato de as mulheres somarem maioria da população, sem conseguir, todavia, liderar qualquer índice de força de trabalho ativa, mantendo-se sempre em maioria quando o assunto é desemprego, aliado ao fato de que, o principal motivo que põe a mulher para fora do mercado de trabalho seja a urgência de dedicar-se a cuidados e afazeres domésticos, corrobora, senão, com o dever do Estado se fazer presente em tais situações. No sentindo de se promover, através das leis e das políticas pública, mecanismos capazes de equalizar números que tratam acerca da participação dos homens e das mulheres no mercado de trabalho.

Nesse sentindo, resta-se o desafio de desconstruir concepções historicamente

entabuladas, que afastam a mulher do ambiente laborais, considerando todas as diferencias sociais e fisiológicas, sem, contudo, implicar em uma legislação-obstáculo para as trabalhadoras. Em síntese, "Não se trata, portanto, de incentivar as mulheres a buscarem postos de trabalho, mas de afastar os obstáculos para admissão do trabalho feminino, tendo em vista a liberdade – e não o dever – de trabalhar." (MENDES; CANOTILHO, 2013, p. 1257)

Em suma, as mulheres e os homens possuem condições fisiológicas diferenciadas, o que implica na necessidade de voltar-se atenção às mulheres em certas situações, especialmente no tocante à maternidade. Nesse sentindo é que a Constituição Federal, ainda que tenha consagrado a igualdade entre homens e mulheres, mantém o art. 7º, inciso XX, incentivando o legislador infraconstitucional a desenvolver instrumentos normativos que atinjam as mulheres de maneira específica, desde que promovam a manutenção dos trabalhos destas.

Contudo, a Consolidação das Leis do Trabalho, apesar de ter todo um capítulo destinado à proteção do trabalho da mulher, mostra-se falha na promoção dos incentivos e da proteção defendida na Carta Magna. Inclusive, tais lacunas se alargam diante das últimas alterações da CLT, com a reforma trabalhista, visto que houve a flexibilização e revogação de institutos importantes para as trabalhadoras.

É certo que muitas das alterações sofridas pela CLT ao longo dos anos, representou, senão, a revogação de dispositivos já não mais aplicados à realidade da sociedade da época. Entretanto, há de se cuidar em observar as discriminações positivas essenciais no ordenamento jurídico, para manutenção do caráter protecionista e promocional da norma constitucional.

Não há dúvida alguma de que o direito é complexo e deve evoluir conforme às complexidades e novos contextos sociais, no entanto, jamais deve-se distanciar-se de sua função social principal, qual seja à promoção da harmonia social. Em especial, o direito do trabalho se propõe a proteger os hipossuficientes e à promover trabalhos dignos aos cidadãos, razão pela qual, muito embora enfrente-se dificuldades na efetivação das normas que tutelam o trabalho das mulheres, há de se insistir nos referidos dispositivos normativos.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Jessé Claudio Franco de; BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direitodo trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr., 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leisdo trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n.º 21.417-A, de 17 de maio 1932. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio- 1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em: 26 nov. 2021.

BRASIL. Lei de n.º 10.421, de 15 de abril de 2002: Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e a Leino 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10421.htm#art1>. Acessado em: 26nov. 2021.

BRASIL. Lei n.º 12.812, de 16 de maio de 2013.: Acrescenta o art. 391-A à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1ºde maio de 1943, para dispor sobre a estabilidade provisória da gestante, prevista naalínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12812.htm>. Acessado em: 26 de nov. 2021.

BRASIL. Lei n.º 7.855, de 24 de outubro de 1989: Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7855.htm>. Acessado em: 26 nov. 2021.

BRASIL. Lei 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 Leisn º 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. Disponívelem <planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 25nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Inconstitucionalidade em Recurso de Revista n. 1.540/2005-046-12-00.5. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, Brasília, 13 de fevereiro de 2009. Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198002323/recurso-de-revista-rr-19129820115030111/inteiro-teor-198002362?ref=amp>. Acesso em 25 nov. 2021.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher:** a questão de igualdade jurídica ante a desigualdade fática. São Paulo: Ltr, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

COELHO, Renata. **Direitos da mulher na contemporaneidade das relações de trabalho**. 2017, 203 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017.

DELGADO, Mauricio 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.

D'OLIVEIRA, M. C.; SILVA, D. R. Q. . **Pensando um Direito do Trabalho da Mulhera partir da Tutela das Normas Laborais.** In: XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul, 2015, Cruz Alta - RS. A Universidade e o Plano Nacional de Educação, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Fontes, 2010.

FERREIRA, Viviane Christine Martins; LACERDA, Rosangela Rodrigue Dias de;VALE, Silvia Teixeira do. Proteção do Trabalho da Mulher na Constituição Federal de1988: Breves Considerações. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho.** v. 87, n.3,p.108-124 jun/set. 2021. Trimestral.

FILHO, Vladimir Brega; ALVES, Fernando de Brito. **O direito das mulheres: uma abordagem crítica**. Argumenta Journal Law, v. 10, p. 131-142, 2009. Fontes, 2010.

FILLETI, Juliana de Paula; FONSECA, Camila Veneo C.. Mulheres no mercado de trabalho no 2º trimestre de 2021. In FACAMP**: Boletim NPEGen Mulheres no Mercado de Trabalho.** Campinas: Editora FACAMP, v. 03, n. 02, set. 2021

FONTOURA, Natália. et. al. **Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD contínua.** Rio de Janeiro: Ipea, 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho.** 34. ed. São Paulo: LTr., 2009.

SANTOS, Veronica Fleury Pavan Roriz dos. **A Proteção do mercado de trabalho da mulher e a reforma trabalhista:** realidade e perspectivas. 2019. 202 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, M. G. da; ABRANTES, Ângela M. R. G. de. **As constituições brasileiras soba ótica da constitucionalização simbólica.** VERBA JURIS - Anuário da Pós- Graduação em Direito, *[S. l.]*, v. 4, n. 4, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14817>. Acesso em: 25 nov. 2021.

# DIREITO DE IMAGEM E DIREITO DE ARENA NOS CONTRATOS DE JOGADORES PROFISSIONAIS DO FUTEBOL BRASILEIRO

Julianno Fernandes Paim[1]
Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas[2]

**RESUMO**

O futebol, um dos esportes mais populares do mundo têm como uma de suas casas o Brasil, e naturalmente, milhares de famílias vivem por intermédio do esporte pelo país. O presente trabalho de curso expõe análise sobre o uso do direito imagem e de arena - pelo atleta profissional de futebol - nas relações trabalhistas. Fazendo todo um apanhado histórico do esporte no Brasil, acompanhando sua evolução e profissionalização, de acordo com o desenvolvimento e aprimoramento das legislações vigentes, desde o início até o presente momento. Passando por alguns marcos regulatórios que acompanham a progressão constitucional do país, a inserção da Lei Zico, atualizando-se com a Lei Pelé e fundamentalmente se consagrando com a Constituição de 1988. E, finalmente, a diferenciação de direito de imagem e de arena dentro do contrato especial de trabalho, bem como com os seus desdobramentos, suas formas de reconhecimento e todas as suas nuances. O método de abordagem será o dedutivo, através de uma pesquisa dogmática- instrumental, com métodos de procedimento comparativo, bem como o estatístico, fazendo uso de algumas técnicas de pesquisa como a pesquisa bibliográfica, pesquisa documental, análises e observações de posições doutrinárias bem como de todo o arcabouço paulatino e evolutivo das legislações até a vigente. Mesmo se tratando de dispositivos diferentes, o direito de imagem e o direito de arena fazem parte da relação recíproca de jogador e clube, impactando em retorno monetário aos envolvidos. O direito de imagem poderá ser negociado apenas pelo atleta, em virtude de seu caráter personalíssimo, no qual se dispõe de sua exploração econômica, nos mais variados âmbitos, e no que diz respeito à imagem do atleta ou técnico, já o direito de arena pertence ao clube que é detentor do

[1] Acadêmico do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: jpaimm@hotmail.com
[2] Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: adrianagomes@unirn.edu.br

poder de negociar a transmissão do espetáculo esportivo, ou seja: enquanto o direito de imagem diz respeito ao jogador que participa de campanhas, o direito de arena diz respeito à imagem daquele que - efetivamente - participa da competição.

**Palavras-Chave**: Direito Desportivo. Constituição. Direito do Trabalho. Direito de Imagem.Direito de Arena.

**ABSTRACT**

Football, one of the most popular sports in the world, has Brazil as one of its homes, and naturally, family members live through the sport across the country. This college work presents an analysis on the use of image and arena rights - by the professional football athlete - in labor relations. Making an entire historical overview of the sport in Brazil, following its evolution and professionalization, in accordance with the development and improvement of current legislation, from the beginning to the present moment. Passing through some regulatory milestones that accompany the country's constitutional progression, the inclusion of the Zico Law, updating itself with the Pelé Law and fundamentally enshrining itself with the 1988 Constitution. And, finally, the differentiation of image and arena rights within the special employment contract, as well as with its consequences, its forms of recognition and all its nuances. The approach method will be the deductive one, through dogmatic- instrumental research, with comparative procedure methods, as well as the statistical one, making use of some research techniques such as bibliographic research, documental research, analysis, and observations of doctrinal positions as well as of the entire gradual and evolutionary framework of current legislation, from the beginning to the present time. Even when dealing with different normas, image rights and arena rights are part of the reciprocal relationship between player and club, impacting the monetary return on those involved. The image right can only be negotiated by the athlete, due to its very personal character, in which it is available for economic exploitation, in the most varied scopes, and with regard to the image of the athlete or coach, the arena right belongs to the club that holds the power to negotiate the transmission of the sporting spectacle, that is: while the image right concerns the player who participates in campaigns, the arena right concerns the image of the one who - effectively - participates in the competition.

**Keywords**: Sports law. Constitution. Labor law. Image rights. Arena right.

## 1 INTRODUÇÃO

O Futebol é o esporte mais popular do planeta, e, o Brasil, para muitos, é a sua casa. Como em toda modalidade, com o futebol não foi diferente, e só o tempo se tornou responsável pela evolução do esporte, tanto em aspectos de regra do esporte propriamente dito, bem como em questões jurídicas do contrato que culminaram na profissionalização damodalidade que hoje emprega milhares e milhares de pessoas.

Esse assunto - além da popularidade já exposta - é importante pois ilustra uma problemática existente na relação trabalhista entre entidades esportivas e toda a classe dos atletas de futebol, que apesar de uma pequena parcela usufruir de salários astronômicos, sua maioria não tem tanta oportunidade e precisa assegurar seus direitos.

O objetivo geral dessa pesquisa é analisar e aprofundar-se acerca das peculiaridades existentes no contrato de trabalho do jogador profissional de Futebol no Brasil, expondo as diferentes formas que fazem parte da composição do salário, como por exemplo as luvas e os bichos, como também, de uma forma mais aprofundada, este estudo tem como objetivo específico diferenciar o direito de imagem e direito de arena, dentro do contrato especial de trabalho, bem como com os seus desdobramentos, suas formas de reconhecimento e todas as suas questões polêmicas que envolvem os empregadores (clubes).

A técnica de pesquisa abarcou uma análise documental com estudo da legislação constitucional e infraconstitucional, acerca dos contratos de trabalho existentes, nessa relação entre clube e atleta no direito desportivo, bem como na análise jurisprudencial, e toda a consulta necessária da legislação vigente relacionado ao tema em estudo.

O estudo irá expor - ao longo de seus capítulos - toda a evolução do Futebol e o Direito Desportivo, desde seu início lúdico, até sua profissionalização. Passando por alguns marcos regulatórios que acompanham a progressão constitucional do país, a inserção da Lei Zico, atualizando-se com a Lei Pelé, e, fundamentalmente, se consagrando com a Constituição de 1988.

A partir daí, como escopo principal do trabalho, as sessões seguintes irão abordar as particularidades do contrato de trabalho especial do jogador profissional, expondo suas peculiaridades que formam um salário, e finalmente a diferenciação de direito de imageme de arena.

## 2 A HISTÓRIA DO FUTEBOL

Mesmo não havendo uma comprovação por inteira crível, estudiosos do tema e historiadores afirmam que esportes já são praticados entre humanos há muito tempo. Com o futebol não foi diferente, de acordo com Leal (2000) estima-se que em cerca de 2.500 anos antes de Cristo já o praticavam, de uma forma um pouco diferente, com bola de bambue usando os pés e as mãos.

Segundo Duarte (1997, p.7), existiam algumas formas diferentes na prática do esporte, na Escócia e Inglaterra, e para a população era algo bárbaro e violento. Até que, no dia 26 de outubro de 1863, em Londres, ocorreu a histórica e marcante reunião, na qual fundou-se a Associação ou Federação de Futebol, "The Football Association" (SANTOS, 1979; LEAL, 2000; DIAS, 1980; GARCIA; MUINO, TELENA, 1977; ENCYCLOPEDIA
BRITANNICA, 1987, BORSARÍ, 1989, UNZELTE, 2002).

Infere-se então, a partir daí o verdadeiro início do futebol como hoje o conhecemos, sendo então a data oficial do nascimento do futebol moderno. Encara-se essa data específica como seu nascimento, pois foi exatamente nesse momento e nessa reunião, através da “The Football Association” que as regras do jogo foram definidas e uniformizadas, fazendo que o esporte progredisse para uma nova fase avançando em todosos âmbitos.

Já a chegada no Brasil, o dito “país do futebol”, foi um pouco atrasada e tem sua história um pouco conflitante - em alguns pontos - no que diz respeito à sua “declaração de nascimento” por assim dizer. O futebol só foi introduzido no Brasil no ano de 1895, trazido por Charles Miller, tido como o “pai do futebol brasileiro”.

Charles conheceu o futebol ao passar longos anos de estudo, na Inglaterra, e, após isso, em seu retorno ao Brasil, trouxe diretamente o esporte para São Paulo, espalhando para o restante do país.

Existem, porém, diversos relatos de que desde o ano de 1860, já existiam partidas entre marinheiros estrangeiros, verdadeiras "peladas" nos portos brasileiros, onde colegas de fábricas montavam seus times e jogavam entre si, após horas de trabalho, sendo também uma espécie de acalanto para alma, tendo em vista as condições precárias que ostrabalhadores enfrentavam.

Miller foi o responsável direto pela introdução do perfil competitivo do futebol e de suas regras, o que foi fundamental para sua expansão. Graças a ele, o crescimento do futebol, no país, foi de forma acelerada, mesmo que – infelizmente - sendo inicialmente sendo um esporte extremamente elitista e nem um pouco agregador.

Com o tempo, aparecendo dificuldades na formação de times, naturalmente abriu- se espaço para operários que se destacavam e fatalmente mudavam a realidade dos times, tanto no aspecto físico como no aspecto técnico do jogo, ocorrendo então, como natural e positiva consequência, a democratização do futebol no Brasil.

No decorrer de alguns anos, e, e com o futebol cada vez mais popularizado, foi criada por volta de 1914, a Confederação Brasileira de Desportos (CBD) que trouxe ainda mais visibilidade e organização ao futebol brasileiro, abrindo espaço para visibilidade estrangeira dos poderosos times que passaram a contratar com facilidade jogadores brasileiros.

A partir daí seguiu-se o processo evolutivo até os tempos atuais, tempo esse no qual o esporte atingiu um patamar milionário, pois além da grande paixão do torcedor brasileiro, o esporte move milhões em torno de toda a sua indústria desportiva do entretenimento, prova essa que no Brasil, segundo recente estudo da fundação Getúlio Vargas, o país tem cerca de 11 mil atletas federados, por volta de 800 clubes e movimentacerca de R$ 16 bilhões de reais por ano.

## 3 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DESPORTIVO

Após a grande crise de 1929, com a quebra de da bolsa de valores de Nova York, que naturalmente atingiu o Brasil de forma violenta, eis que surge o Presidente da República Getúlio Vargas. Valendo-se da grande insatisfação popular, Getúlio

conseguiu um forte apoio da grande massa da classe operária, em grandes comícios, e esse grandioso apoio dos trabalhadores resultou em sua vitória, tendo, em 1930, tomado posse.

A Constituição de 1934 - que era, até então, o mais avançado e completo texto constitucional do país - além do forte apelo trabalhista com os direitos estabelecidos nesse contexto, além das garantias individuais, inaugurou a menção do direito do desporto, nessemomento caracterizado como educacional, art. 5º XIV.

A partir desse momento, pode ser considerado o verdadeiro nascimento do direito desportivo, no qual se criaram leis e decretos com a temática de desportos, mais direcionados ao futebol, naturalmente, pois este foi o esporte que deu origem de forma maisconcreta a essa mobilização.

Nessa primeira parte do direito desportivo, dos anos de 1930 até meados de 1945, pode se destacar alguns decretos e legislações pioneiros da organização jurídica desportista, como por exemplo o Decreto-lei 1.056/1939, responsável pela apresentação do plano geral de regulamentação do desporto.

Em seguida, no ano de 1943, Vargas assinou o Decreto-Lei nº 5.342, que reconhecia de fato a prática esportiva profissional, com a devida regulação de assinaturas de contratos entre clubes e atletas, submetidos ao Conselho Nacional de Desportos (CND) e às normas desportivas internacionais, o que obrigava o registro de contrato no CND para possibilitar a inscrição do atleta em competições (SANTORO, FILHO, 2020, p. 165).

Em 1945, o Decreto-Lei nº 7.674/45 foi responsável pela determinação de uma criação de órgãos fiscalizadores de gestão financeira de cada entidade ou associação desportiva, e instituiu também empréstimos paras essas entidades. Ainda nesse ano, o Decreto Lei 8.458/45 foi criado para regular os estatutos das associações desportivas.

Após essa primeira parte, podemos dividir e contemplar um novo período, que fica entre o período da ditadura militar até a promulgação da Constituição de 1988, período esseem que ainda apresenta uma grande intervenção estatal.

Destacando-se também, o Decreto nº 51.008, de 20 de julho de 1961 - pelo então presidente Jânio Quadros - foi o primeiro a dispor expressamente acerca da profissão de atleta de futebol -, fixando o intervalo mínimo de 72 horas entre partidas de futebol, sendo amistosas ou oficiais, e promovendo um recesso obrigatório para os atletas entre 18 de dezembro a 7 de janeiro (SANTORO, FILHO, 2020, p. 165).

As grandes mudanças surgiram com a promulgação da Constituição Federal no ano de 1988 que trouxe no seu artigo nº 217 um grande marco para o desporto nacional, elevando o direito desportivo para um nível constitucional, inserido como na ordem econômica e social, estabelecendo como um direito fundamental, iniciando um novo ciclo legislativo.

Essa mudança acaba sendo responsável pela desmitificação do tema, pois sempre um tratado sem quaisquer seriedades, com poucos recursos, sob um forte olhar preconceituoso que não dava o valor necessário ao desporto e suas nuances, numa perspectiva social e jurídica. Sobre isso nos diz Melo Filho (1995):

> Além das ideias e ideias subjacentes às normas desportivo-constitucionais, seu conhecimento é essencial e vital, conquanto caberá às entidades, órgãos e pessoas que integram a comunidade desportiva brasileira zelar pela eficácia jurídica e social de tais noras e fazer valer o direito nelas protegidos e assegurados ( MELO FILHO,1995, s/p ).

O poder para legislar sobre o desporto é outorgado, enfim, aos estados e DistritoFederal:

> **Art. 24.** Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> **IX** - educação, cultura, ensino e **desporto**;
>
> Porém, é no artigo 217 da Carta maior, que o desporto está gravado como direito inerente do cidadão, firmando ao Estado o dever de promover a prática desportiva (BRASIL,1988).

E ainda:

> **Art. 217**. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais,como direito de cada um, observados:
>
> I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
>
> II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
>
> III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não- profissional;
>
> IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.
>
> § 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.
>
> § 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.
>
> § 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social (BRASIL, 1988).

Como mostra a letra do dispositivo legal acima, ficou determinada a obrigação do estado de fomentar e promover práticas esportivas, tornando assim um direito fundamental atuante no desenvolvimento cultural e social, não estando sujeito a ser invalidado por nenhuma norma infraconstitucional. O artigo buscou uma verdadeira atualização acompanhando a tendência da modernização da sociedade.

Tal artigo, segundo a ótica de Álvaro melo filho, dispõe em seus incisos, acerca da necessidade do desporto se estabelecer como direito do cidadão, vinculando em dever doestado e culminando numa responsabilidade social geral.

## 3.1LEI ZICO

Na década de 1990, é criado o Ministério da Educação, dando uma maior autonomia ao desporto, assumindo a pasta o ex-jogador da seleção brasileira, Arthur Antunes Coimbra, o Zico, que no ano de 1993 daria nome a lei nº 8.672, lei esta que tinhacomo principal objetivo de dar cumprimento ao disposto na Constituição Federal.

Dentre seus artigos destacam-se o art. 22 e 23:

> Art. 22. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato com pessoa jurídica, devidamente registrado na entidade federal de administração do desporto, e deverá conter cláusula penal para as hipóteses de descumprimento ou rompimento unilateral.
>
> § 1º A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salários dos atletas profissionais em atraso, por período superior a três meses, não poderá participar de qualquer competição oficial ou amistosa.
>
> § 2º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais de legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades expressas nesta Lei ou integrantes do contrato de trabalho respetivo."
>
> Art. 23. O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência não inferior a três meses e não superior a trinta e seis meses (BRASIL,1988).

A lei Zico não mudou muito a forma como os clubes se organizavam, nem muito sobra a sua profissionalização propriamente dita, e ela seria expressamente revogada no ano de 1998, em virtude da sanção da Lei nº 9615/98, a Lei Pelé.

## 3.2. LEI PELÉ

No ano de 1998, foi promulgada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso a Lei nº 9.615, que recebeu o nome do então ministro do esporte, o maior jogador de todosos tempos, Edson Arantes do Nascimento, Pelé.

A Lei Pelé teve como base a Lei Zico em vários dispositivos, e, foi bastante modificada desde a sua sanção. Algumas importantes mudanças se destacam pelo advento de tal dispositivo legal, como por exemplo: o fim do passe, o direito do consumidor no esporte, a prestação de contas dos dirigentes, as porcentagens no direito de arena, e promoveu uma maior facilidade na criação das ligas.

O principal objetivo do ministro era promover o encerramento do instituto do passe, e isso foi feito. Como ex-jogador era ligado a toda a classe de atletas, essa mudança proporcionou uma maior segurança jurídica aos profissionais, pois o passe, para muitos era uma espécie de "escravidão" aos jogadores, pelo fato de que eles ficavam totalmente presos, sem a possibilidade de escolher seu novo destino, mesmo com o encerramento docontrato, como se fosse uma verdadeira propriedade do clube.

Em todos seus artigos, que vale registrar, são obrigatórios para o futebol e facultativo para outros esportes, a lei dispõe sobre a particularidade e especificidades do contrato de trabalho do profissional, que será regido por uma forma especial de trabalho desportivo.

## 4 O CONTRATO DE TRABALHO DO ATLETA PROFISSIONAL

O contrato de trabalho dos atletas profissionais tem suas especificidades que o diferenciam do contrato de um trabalhador comum. Fundamentalmente, a essência deste é de natureza jurídica especial, nesse sentido Melo Filho (1995) estabelece algumas diferenças fundamentais do contrato de trabalho do atleta profissional ao do cidadão comum e seu empregador.

Esses aspectos são bem abrangentes, pois vão desde a criação contrato, bem como o modo de vida, aspectos desportivos ligados a treinos, à concentração, à disciplina,tanto comportamental, bem como tática em campo, questões que englobam a vida pessoal como um todo e dizem respeito ao cuidado com o corpo, a alimentação balanceada, o peso, horas de sono, e uma ingestão de álcool moderada, bem como aspectos íntimos como *doping*, ou até mesmo o comportamento sexual e todas questões que podem influenciar notreinamento e no rendimento do atleta.

O clube ao qual o atleta está vinculado tem a prerrogativa e até mesmo o dever de exigir e supervisionar essas questões, pois elas vão influenciar diretamente no rendimento do atleta. Além dessas questões, o atleta também deverá se submeter à obrigatoriedade das devidas vestimentas apropriadas bem como em aspectos disciplinares, devendo manter respeito a árbitros, dirigentes, torcedores, colegas de profissão, dentre outras situações que fazem das obrigações especificas do contrato especial de um atleta profissional.

O contrato especial como já mencionado, está ao longo da Lei Pelé, com todas as suas especificidades expostas de forma expressa, e, dentre elas encontram-se os requisitos para a confecção do contrato, o qual ele não poderá ser verbal, não poderá ser tácito, e deverá, obrigatoriamente ser expresso e escrito, ao contrário do que acontece como cidadão comum.

Além disso o prazo do contrato de atleta tem prazo determinado, que tem o período mínimo de três meses e prazo máximo de 5 anos. Além disso, se faz necessário lembrar que na medida em que o contrato não tem o prazo de vigência, não poderá aplicar os dispositivos dos Artigos. 445 e 451 da CLT, que versam sobre prazo determinado, e, após prorrogar automaticamente se transforma em prazo indeterminado, portanto não poderá se aplicar no atleta, como se encontra na letra da lei:

> **Art. 30.** O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos. (Redação dada pela Lei nº 9.981, de 2000) (Vide Medida Provisória nº 984, de 2020)
> **Parágrafo único**. Não se aplica ao contrato especial de trabalho desportivo do atleta profissional o disposto nos arts. 445 e 451 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, pela caraterística especial já mencionada, deverá sempre ser aplicada a CLT nesses contratos e a legislação previdenciária, nas questões em que não for incompatível com a lei 9615/98 e 12.395/2011, portanto a aplicação da CLT ao atleta ocorrerá de forma subsidiária, como observa-se no artigo 28, § 4º da referida lei:

> **§ 4º** Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista eda Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes

> desta Lei, especialmente as seguintes:
>
> **I** - se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá sersuperior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora dalocalidade onde tenha sua sede;
>
> **II** - o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquerpagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto;
>
> **III** - acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conformeprevisão contratual;
>
> **IV** - repouso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas ininterruptas, preferentemente em dia subsequente à participação do atleta na partida, prova ouequivalente, quando realizada no final de semana;
>
> **V** - férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias, acrescidas do abono de férias,coincidentes com o recesso das atividades desportivas;
>
> **VI** - jornada de trabalho desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horassemanais (BRASIL, 2011).

Outra questão própria do contrato, são as cláusulas indenizatórias, que nada mais é que multa devida ao clube quando romper o contrato antes do término deste, com o limite de até 2 mil vezes o valor do salário do atleta para transação nacional e sem limite algum para transações internacionais.

O salário como um todo é entendido de uma forma abrangente, não é reconhecido apenas pela quantia estabelecida na carteira de trabalho, somado ao deposito fundo garantia, mas no somatório de todas as verbas contratuais como por exemplo: Bichos (remuneração paga ao atleta pelo desempenho em um jogo ou em uma competição específica. Como se fosse uma gorjeta), Luvas (importância paga pelo empregador ao atleta, na forma do que for convencionado, pela assinatura do contrato), e Direito de imagem e direito de Arena, dois desses últimos que serão mais aprofundados e esmiuçadosmais à frente.

Dessa forma salário e remuneração, correspondem, assim, a soma de parcelas contra prestativas recebidas pelo empregado, de acordo com o que foi previamente compactuado no contrato de trabalho (DELGADO, 2005, p.206).

Como encontra-se expressamente na Lei noº 9.615/98:

> Art. 31 **§ 1o** São entendidos como salário, para efeitos do previsto no caput, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho (BRASIL, 1998).

Ademais, o atleta terá a possibilidade de rescisão indireta, na hipótese de o clube atrasar o salário ou direito de imagem num período igual o maior que três meses, de acordocom o dispositivo legal:

> Art. 31. A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salário ou de contrato de direito de imagem de atleta profissional em atraso, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses, terá o contrato especial de trabalho desportivo daquele atleta rescindido, ficando o atleta livre para transferir- se para qualquer outra entidade de prática desportiva de mesma modalidade, nacional ou internacional, e exigir a cláusula compensatória desportiva e os haveres devidos (BRASIL, 2015).

O artigo 457 da CLT também prevê que:

> 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 (BRASIL, 2015).

## 5 O DIREITO DE IMAGEM E OS CONTRATOS PROFISSIONAIS DO ATLETA DE FUTEBOL

O direito de imagem faz parte dos direitos de personalidade, esses universais se trata de direito autônomo, no nosso ordenamento jurídico, pertencente a todo e qualquer indivíduo, sem distinção e resguardado por legislações que tratam das suas singularidades.

Os direitos de personalidade são um conjunto de normas jurídicas e princípios que defendem os valores do ser humano, como a vida, a sua integridade física, a intimidade, a honra, intelectualidade etc., esses são os direitos intimamente ligados à pessoa e que existem só pelo fato de o indivíduo existir.

Netto (2004) define imagem como a própria individualização figurativa de uma pessoa. Ele defende que o retrato da pessoa se faz às vezes de verdadeira senha a identificar de pronto o indivíduo, distinguindo-o dos demais. Por esse motivo, confere a seu titular todos os meios de defesa e composição contra ataques ou divulgações não autorizadas, injustas ou distorcidas.

Já Chiminazzo (2012) defende que Direito de Imagem é a nomenclatura que se atribui ao direito exclusivo do indivíduo permitir a utilização de sua imagem, que está compreendida como forma física exterior do corpo, inteiro ou, parte dele.

Netto (2004) define diretamente as principais características desse direito:

> São os seguintes os principais caracteres: direito subjetivo de caráter privado e absoluto; direito personalíssimo, mas dotado também de conteúdo patrimonial, quando, por meio de seu exercício, possa gerar bens com valor econômico e, portanto, indenização quando violados; direito inalienável, irrenunciável e, em geral, inexpropriável; intransmissibilidade mortis causa, com observação de que a legitimidade para a tutela indenizatória, em se tratando de morto ou de ausente, pode ser exercida pelo cônjuge, ascendentes ou descendentes; por derradeiro, imprescritibilidade (NETTO, 2004, p. 35).

A renomada jurista Diniz (2004) distingue os dois institutos da imagem, quais sejam a imagem-retrato e a imagem-atributo: imagem-retrato é a representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo (nariz, olhos, sorriso etc.) desde que identificáveis, implicando o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematografia, televisão, sites etc., que requerautorização do retratado (BRASIL,1988).

Já a imagem-atributo é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente (BRASIL,1988), como habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc. A imagem abrange também a reprodução, romanceada em livro,filme, ou novela, da vida de pessoa de notoriedade.

Para Loureiro (2005) a aceitação da ideia de imagem-atributo, conforme sua previsão no art. 5°, V da Constituição Federal, revela a existência, em nosso ordenamento, de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, fundada na dignidade da pessoa humana e que garante o livre desenvolvimento da personalidade. Se o ordenamento jurídico não acolhesse a imagem-atributo, haveria uma lacuna na tela da personalidade, pois existiriam situações que concerne à pessoa que, por não atingirem outros bens dessa natureza (honra, intimidade, imagem-retrato etc.), ficariam sem proteção,algo impossível à luz do art. 1°, III da Constituição Federal.

Essa inclusão da proteção à imagem-atributo é um dos avanços que o nosso ordenamento jurídico vem fazendo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, depositando o peso correto na violação dos direitos que ultrapassam a figura da pessoa fisicamente.

No Brasil, o direito de imagem é positivado na Constituição Federal de 1988 no artigo 5°, incisos V, X, XXVIII:

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

> V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenizaçãopor dano material, moral ou à imagem;
> X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> XXVIII- são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusivenas atividades desportivas; [...] (BRASIL, 1988).

Como já falado anteriormente, o direito de imagem está no rol dos direitos da personalidade, por isso, lhe é devida proteção especial contra a sua violação. O Código Civil aborda as hipóteses em seus artigos 11, 12 e de uma forma mais especifica no artigo20 (pessoa jurídica):

> Art.11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
> Art.12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, oucolateral até o quarto grau. [...].
> Art.20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, 2002).

A licença do uso de imagem é algo lícito no nosso país, defendido pelo ordenamento jurídico e resguardado por ele também, e essa proteção gera inúmeras oportunidades de veiculação e utilização comercial da imagem de cada pessoa.

Um exemplo de aplicação dessa licença no meio comercial, e o enfoque desse capítulo, é a utilização da licença pelos atletas esportivos, principalmente atletas de futebol, que participam de uma indústria extremamente midiática e vinculada a todos os meios de comunicação.

A imagem do jogador é totalmente exposta, nos meios de comunicação, gerando um vínculo direto com o time que representa, com a camisa que veste, que secundariamente, os torna detentores de uma influência que sempre acaba sendo explorada, nos mais diversos setores comerciais, é natural se vê um jogador que está fazendo uma ótima temporada em um time vinculado a publicidades, por exemplo.

A extinta Lei nº 6.354/76, denominada Lei do passe, prevaleceu em vigor por mais de 20 anos sem que houvesse nenhuma outra opção contratual para os jogadores

de futebol.

No art. 11º o passe era definido: " Entende se por passe a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois deseu término, observadas as normas desportivas pertinentes (BRASIL, 1976).

O que acontecia, na vigência dessa lei, era que o atleta ficava obrigado a permanecer em sua agremiação, independente de relação contratual trabalhista com ela, o clube do jogador o vinculava de forma abusiva, tendo este que conseguir permissão para exercer sua atividade profissional.

O jurista Guerra (2003) explica que o passe era a compensação financeira, a quantia que um clube pagava a outro para transferir determinado jogador. O passe era verdadeiro capital ativo, fonte principal de renda dos clubes de futebol. Ao contrário de qualquer outro contrato de trabalho, o jogador de futebol, mesmo com a extinção do contrato, mantinha vínculo com o antigo clube através do passe. O profissional ficava atrelado ao clube, enquanto a quantia exigível não fosse depositada.

Assim, Lopes (2017) conclui que com isso para que o jogador de futebol pudesse voltar a exercer sua atividade desportiva, disputando partidas e campeonatos, este era obrigado a aceitar salários menores, pois não havia interessados em adquirir o seu "passe" mediante ao pagamento de valores indenizatórios exacerbados que os clubes queriam cobrar.

A situação cessou graças a Lei nº 9.615, conhecida como a Lei Pelé, que entrou em vigor em 1998, revogando a Lei do passe.

Na nova lei, ficou extinto o referido passe, já que ela estipula que o atleta - ao fim do contrato - fica livre para negociar com outros clubes, e ainda, mesmo que o contrato em questão ainda esteja em vigor, este pode migrar para outro clube por intermédio de pagamento de indenização calculada sobre o valor de sua remuneração.

Em 2011, Lei nº 12.395/11 adicionou o art. 87-A a Lei Pelé, que traz em sua redaçãoo seguinte:

> Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo(BRASIL, 2011).

O paralelo entre a extinção da Lei nº 6.354/76 e os contatos de cessão de uso de imagem formados entre os atletas e as agremiações, se dá pela crise financeira a qual o mundo passou após o ano de 2008.

O futebol, assim como seus clubes, embora reúna pessoas apaixonadas pelo esporte também virou um negócio, e, em qualquer negócio, a gestão está interessada em lucrar. Com a chegada da crise e as contratações de jogadores pelos clubes europeus, os salários destes começaram a subir, então os clubes brasileiros tiveram que pagar ótimos salários para os jogadores permanecerem neles. Esses fatos atrelados à extinção da lei do passe retiraram dos clubes uma significativa fonte de renda. Daí surgiram os "contratos de imagem", que nada mais eram do que um documento, que, se pode dizer acessório, do contrato de trabalho.

Nesse sentido, Soares (2007) explica o referido contrato:

> Os jogadores no momento da contratação passaram a assinar em paralelo outro documento, o "contrato de imagem", quase como acessório do contrato de trabalho. Sua finalidade essencial, desde que começou a ser utilizado em larga escala, foi dividir a remuneração do jogador em duas partes que, supostamente, teriam naturezas distintas. Assim, passaram a conviver, lado a lado, o contrato de trabalho, com sua natureza salarial, e o "contrato de imagem" cuja natureza aparentemente seria cível: o primeiro entre o clube e o atleta, em que este recebia uma pequena parte da remuneração, sobre a qual recaíam todos os encargos trabalhistas e fiscais; o segundo, assinado, em geral, entre a agremiação e uma pessoa jurídica especialmente aberta para esse fim, cujos pagamentos são isentos de tributos e reflexos trabalhistas, lançados apenas como despesa (SOARES, 2007 p. 114).

De regra, esse tipo de contrato deveria ser realizado com a finalidade de utilização da imagem dos jogadores em campanhas publicitárias, que seriam uma forma de obter lucro para os clubes, pois parte da renda da campanha seria destinada ao próprio clube, como por exemplo a contratação do Jogador Ronaldo "Fenômeno" no final do ano de 2008 pelo Corinthians, em que a ida dele para o clube a princípio era bem mais pelo marketing que sua imagem trazia do que propriamente seu desempenho em campo.

Entretanto, da forma que são assinados no Brasil, grande maioria dos contratos de imagem acabam sendo fraudulentos, pois não vinculam à imagem do jogador a marca alguma fora do âmbito futebolístico, ele se torna apenas uma forma de burlar tributos e obrigações trabalhistas.

Soares (2007) discorre sobre a concretização dessa fraude:

> Essa fraude é facilmente comprovada pelas próprias características dos instrumentos assinados. Os "contratos de imagem" produzidos pela grande maioria dos clubes nacionais pagam grandes somas aos atletas pelo uso de sua imagem pessoal. São contratos onerosos, que remuneram com muitos milhares de reais essa utilização, valores muitas vezes são 200% ou 300% maiores que o salário do atleta. Esses impressionantes valores remuneram a suposta utilização da imagem, mas não estabelecem qualquer contrapartida a esse pagamento (SOARES, 2007, p. 115).

Lopes (2017) explica que enquanto estão em vigor os contratos de trabalho e o de imagem, o atleta não se opõe ao fato de ter pactuado e feito o contrato de natureza civil, mascarado de natureza trabalhista. Quando ocorre a rescisão do contrato laboral, é que o profissional pleiteia junto à Justiça do Trabalho, e não à Justiça Comum, por meio de ação própria, a integração da verba percebida "mascaradamente", a título de direito de imagem,ao cálculo do montante das verbas rescisórias.

Inclusive, completa o autor, que os tribunais trabalhistas enfrentaram essas demandas com o advento da Lei Pelé e solidificaram o entendimento de que, em se constatando tal fraude no caso concreto, o contrato teria caráter trabalhista e não civil, e com isso recairia sobre os valores deles todas as verbas rescisórias as quais o profissionaltem direito no contrato de natureza salarial.

Com o art. 87-A que foi incluso na Lei Pelé pela Lei nº 12.395/11, citado anteriormente neste capítulo, as opiniões ficaram divididas sobre a ilegalidade da cessão de direito de imagem mediante esses contratos. Lopes (2017) conclui que por força dessa lei, não se poderia mais denunciar os "contratos de imagem" como fraude ao contrato de atleta, e que esse profissional que tiver o contrato inadimplido deve buscar o seu pagamento na justiça civil e não na justiça do trabalho.

O que levou os tribunais ao entendimento majoritário de que as verbas advindas do contrato de imagem tinham natureza de salário, foi o uso desse tipo de contrato para cegar a justiça tributária e fugir das responsabilidades trabalhistas, entretanto, sempre foi defendido que a análise de cada caso concreto fosse realizada, visto que os contratos de imagem existem e são bastante utilizados entre clubes internacionais e seus jogadores, então facilmente poderiam ser explorados aqui.

Valendo-se das inúmeras reclamações trabalhistas e os embates recorrentes, o legislador no ano de 2015, adicionou pela Lei nº 13.155 o parágrafo único ao artigo 87-A,

que estabelece e limita a exploração do direito de imagem em 40% do valor total recebidopelo profissional, como observa-se abaixo:

> **Art. 87**-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos,deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo. (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).
>
> **Parágrafo único**. Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao usode sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta,composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem. (Incluído pela Lei nº 13.155, de 2015)

## 6 O DIREITO DE ARENA

Arena é definida como todo lugar onde se realizam espetáculos públicos, especialmente os esportivos.

Diferentemente do direito de imagem nos contratos de futebol, a quem fazia jus todo e qualquer profissional que assinasse um contrato de imagem, o direito de arena se destina a apenas parte dos jogadores de uma partida, os que estão efetivamente em campo, fazendo o jogo acontecer e tendo sua imagem na mídia e meios de comunicação pela sua atuação.

O direito de arena foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pela extinta Lei n° 5.988/73 em seu artigo 100, que o abordava como direito exclusivo das entidades desportivas, que podiam autorizar, ou não, a transmissão por meios eletrônicos dos espetáculos esportivos em que fossem cobradas entradas.

> Para os atletas restou a parcela de 20% fixada no parágrafo único do artigo 100 da Lei n° 5.988/73, que deveriam ser distribuídos em partes iguais aos atletas participantes do espetáculo. Essa cota nunca foi paga aos atletas, por vários motivos. Um desses motivos se deve à forma como sempre ocorreram, e ainda ocorrem, as negociações para a cessão dos direitos de transmissões das partidas dos clubes para as emissoras de televisão. Esses contratos nunca vêm a público e os valores, sempre muito elevados, permanecem desconhecidos. Também é preciso lembrar que até 1998 a Justiça Desportiva, organizada pelas federações estaduais e pela CBD, na qual os clubes tinham hegemonia e poder, era uma etapa obrigatória antes de qualquer contenda judicial. Nessa justiça paralela e anterior ao Poder Judiciário, os atletas quase nunca conseguiam receber sua cota do Direito

> de Arena. Agravando o quadro, os sindicatos de atletas profissionais eram poucos, pequenos e, salvo duas ou três exceções, pouco representativos (SOARES, 2007,p. 140).

A Constituição Federal em 1988, em seu artigo 5º, inciso XXVIII, alínea "a" tratou de proteger as participações individuais dos atletas jogadores de futebol nas partidas:

Art. 5°. XXVIII. são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (BRASIL, 1988).

E com a promulgação da CF/88 e as mudanças trazidas a respeito desse direito, o direito de arena passou a ser tutelado pouco depois com a criação da Lei nº 8.672/93, conhecida como Lei Zico.

> Art. 24. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo desportivo de que participem. § 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo (BRASIL, 1993).

Em 1998 a Lei nº 9.615/98, conhecida como Lei Pelé, revogou a Lei Zico e estipulouo seguinte a respeito do direito de arena em seu art. 42:

> Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem.
> § 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela denatureza civil (BRASIL, 1998).

O percentual de 20% não é totalmente respeitado pelos clubes, os profissionais, cada vez mais, tendem a buscar a justiça do trabalho para que se faça prosperar o estabelecido em lei, e os tribunais já têm entendimento consolidado sobre a diminuição desse percentual por acordos sindicais, por exemplo, como nas jurisprudências a seguir:

> RECURSO DE REVISTA – ATLETA PROFISSIONAL. DIREITO DE ARENA.

> REDUÇÃO DO PERCENTUAL POR ACORDO JUDICIAL. Jurisprudência do TST tem se firmado no sentido de que não é possível a redução do percentual do direito de arena previsto no artigo 42, §1°, da Lei n° 9.615/1988, por acordo judicial, nem por negociação coletiva, pois para os contratos realizados na vigência desta lei, o percentual mínimo assegurado é de 20%. Julgados da SbDI-1 do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. DIREIO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. O entendimento desta Corte é no sentido de que, por ser uma verba vinculada ao contrato de trabalho e à prestação de serviços dos jogadores profissionais dos clubes, o direito de arena tem natureza jurídica salarial. Julgados. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA. O Regional não se pronunciou expressamente sobre a natureza jurídica do direito de imagem, o que atrai a incidência da Súmula 297, I, do TST. Recurso de revista de que não se conhece. PREMIAÇÃO DENOMINADA "BICHOS". Não se cogita de afronta ao art. 31, §1° da Lei n° 9.615/98 tendo em vista que o Regional manteve o indeferimento do pleito com a base na ausência de prova do recebimento de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) pelo reclamante a título de "bichos". Recurso de revista de que não se conhece. REPONSABILIDADE DO BOTAFOGO DE FUTEBOL E REGATAS. A alegação de
> afronta aos arts. 2° da CLT e 28 e 39 da Lei n° 9.615/98, sem a indicação expressa do dispositivo tido como violado (Caput, incisos e/ou parágrafos), esbarra no óbice da Súmula 221 do TST. Recurso de revista d que não se conhece.
> (BRASIL.**TST – RR: 94309201250125010013**, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 18/12/2018, 8° Tuma, Data de Publicação: DEJT 31/01/2019)
> RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.015/2014. ATLETA PROFISSIONAL. DIREITO DE ARENA. REDUÇÃO DO PERCENTUAL LEGAL. ACORDO JUDICIAL FIRMADO ENTRE CLUBE E SINDICATO. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do disposto no art. 42, §1°, da Lei n° 9.615/98, em sua redação original, salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento. O atual entendimento que tem se firmado no âmbito desta Corte é no sentido de que nem a norma coletiva nem o acordo judicial firmado entre o reclamado e o sindicato da categoria podem afastar a incidência da norma legal, por ser mais benéfica ao atleta e, também, porque deve ser respeitada como patamar mínimo a que alude o caput do artigo 7° da Constituição Federal. Ressalte-se que a condenação se refere a período anterior à alteração do citado dispositivo pela Lei n° 12.395/2011. Recurso de revista de que não se conhece.
> (BRASIL.**TST – RR: 11688320105040023**, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 27/04/2016, 7° Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016)

Acontece, porém, que no ano de 2011 o dispositivo foi modificado e estabeleceu que 5% da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais devem ser repassados aos sindicatos dos atletas profissionais, salvo convenção coletiva de trabalho, para então, que seja distribuído para os atletas em partes iguais, e como já mencionado, de natureza civil.

Com isso, Lopes (2017) conclui que o direito de arena é conferido aos clubes ao negociar a transmissão ou retransmissão da imagem coletiva do espetáculo esportivo de qualquer evento de que participem os jogadores, com exceção dos

flagrantes para fins jornalísticos, e que cabe ao atleta, apenas o direito a um percentual previsto em lei, sobre o valor total negociado, ressalta-se que o atleta detentor do direito, nesse caso, deve protagonizar o evento desportivo.

Observa-se também que o Direito de Arena tem particular relevância nos dias de hoje uma vez que a televisão e a negociação dos direitos de transmissão passaram a ser a principal fonte de renda dos clubes de futebol (Soares, 2007, p. 142).

Por fim, traçando um paralelo de diferenciação, o direito de arena traz como titular a entidade de prática desportiva, o autor da partida de futebol, independentemente de serem feitos repasses do clube para os jogadores que protagonizaram as partidas a titularidade continua sendo do clube, já o direito de imagem é mais individual, aborda sobre a utilização da imagem particular do profissional e traz como titular o próprio jogador.

## 7 CONCLUSÃO

O presente estudo de conclusão de curso, observou todo o arcabouço histórico do desenvolvimento do esporte e todas as mudanças legislativas da área até hoje, bem como
o detalhamento de modo prático e teórico dos institutos Direito de Imagem e Direito de Arena. Além disso, também atingiu e expôs a relação jurídica de clube e atleta, no caso empregador e empregado.

No estudo desses dispositivos, observou-se a inserção destes no contrato profissional, e ao longo da pesquisa, observou-se - com bons olhos - a exploração do uso de licença de imagem e da arena dentro do contrato profissional, ocorrendo, porém, o reconhecimento de alguns casos em que há o uso e a exploração desses institutos de uma forma oportunista com o intuito de burlar a lei por parte do clube empregador a fim de pagarmenos encargos.

Conclui-se com isso que apesar de há muito serem utilizados de forma fraudulenta, a legislação já corrobora para que seja possível a coexistência de um contrato acessório junto com o contrato trabalhista, contanto que esta seja uma contratação específica e real que envolva os direitos de imagem do profissional com uma marca, por exemplo, e não mascare verbas que deveriam ser pagas a título de salário.

Mesmo se tratando de dispositivos diferentes, o direito de imagem e o direito de arena fazem parte da relação recíproca de jogador e clube, impactando em retorno monetário aos envolvidos. O direito de imagem poderá ser negociado apenas pelo atleta, em virtude de seu caráter personalíssimo, em que se dispõe de sua exploração econômica

- nos mais variados âmbitos - no que diz respeito à imagem do atleta ou técnico, já o direito de arena pertence ao clube que é detentor do poder de negociar a transmissão do espetáculo esportivo, Ou seja: enquanto o direito de imagem diz respeito ao jogador que participa de campanhas, o direito de arena diz respeito à imagem daquele que, efetivamente, participa da competição.

A propósito, vale destacar a valia do assunto aqui exposto - por se tratar do esporte mais popular do mundo indicando a sua relação direta com o direito do trabalho - nos remete a lembrança da importância da tutela de um direito que, por vezes, foi esquecido e burlando para toda a classe desses profissionais, e expõe - de certo modo - o tema que por muitas vezes é negligenciado num contexto geral, mesmo sendo algo que está à vista de todos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.Brasília, DF: Presidência da República.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: nov. 2021.

_____. **Decreto nº 2.574**, de 29 de abril de 1998. Regulamenta a Lei nº 9.615, de 24 demarço de 1998, que institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.615**, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dáoutras providências.

_____. **Lei nº 8.650**, de 22 de abril de 1993. Dispõe sobre as relações de trabalho doTreinador Profissional de Futebol e dá outras providências.

_____. **Lei nº 6.354**, de 2 de setembro de 1976. Dispõe sobre as relações de trabalho doatleta profissional de futebol e dá outras providências.

_____. **TST – RR: 11688320105040023**, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data deJulgamento: 27/04/2016, 7° Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016.

_____. **TST – RR: 94309201250125010013**, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data deJulgamento: 18/12/2018, 8° Tuma, Data de Publicação: DEJT 31/01/2019.

CALDAS, W. **O pontapé inicial**: memória do futebol brasileiro. São Paulo: Editora Ibrasa, 1989.

CHIMINAZZO, João Henrique Cren. **Direito de arena:** aspectos teóricos e práticos. In: MELO FILHO, Álvaro et al (Coords.). Direito do trabalho desportivo: homenagem ao professor Albino Mendes Baptista – atualizado com a lei que alterou a Lei Pelé – Lei n. 12.395, de 16 de março de 2011. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 274-275.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTR. 4. ed, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, v. 1, 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.127.

DUARTE, O. **História dos esportes**. São Paulo: Makron Books, 2000UNZELTE, C. O Livrode Ouro do Futebol. São Paulo: Ediouro, 2000.

FILHO, Álvaro Melo. **Lei Pelé**: comentários a lei 9.615-98 /. Imprenta: Brasília, Brasília Jurídica, 1998.

FILHO, Álvaro Melo; SANTORO, Luiz Felipe. **Direito do Futebol**: Marcos Jurídicos e LinhasMestra. São Paulo: Editora Quartier Latindo Brasil, 2019.

GUERRA, L. B. **Consectários da extinção do passe no futebol brasileiro**. Jus Navigandi,Teresina, ano 8, n. 147, 30 nov. 2003. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4434. Acessado em: 01/07/2007.

LEAL, J. C. **FUTEBOL** "Arte e Ofício". Rio de Janeiro: Sprint, 2000.

LOPES, Frederico Bahia Carneiro. **O uso do direito de imagem e de arena em relaçãoao atleta de futebol**. 2017. 56 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, UniversidadeRegional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui, Ijuí, 2017. Disponível em: https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/4426/Frederico% 20Bahia%20Carneiro%20Lopes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 nov. 2021.

LOUREIRO, Henrique Vergueiro. **Direito de Imagem**. 2005. 198 f. Monografia (Especialização) - Curso de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2005. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5983/1/HenriqueLoureiro.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

NETTO, Domingos Franciulli. A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasil, v. 16, n. 1, p. 1-74, jan. 2004. Disponívelem:

https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/author/proof GalleyFile/ 442/400. Acesso em: 10 nov. 2021.

SOARES, Jorge Miguel Acosta. **Direito de imagem e direito de arena no contrato de trabalho do atleta profissional**. 2007. 169 f. Monografia (Especialização) - Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais Direito do Trabalho, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7535/1/Jorge%20Miguel%20Acosta.pdf. Acessoem: 10 nov. 2021.

ROSENFELD, A. **O futebol no Brasil**. São Paulo: Revista Argumento, 1970 Brasil.

DA VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa. **Direito e Desporto.** São Paulo, Editora: LTr, Brasil, 2018.

# **DISNEY CULTURAL EXCHANGE PROGRAM:** EXPLORAÇÃO DE MÃO DE OBRA OUREALIZAÇÃO DE UM SONHO?

Flora Viana da Câmara[1]
Marcelo Maurício da Silva[2]

**RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o Disney Cultural Exchange Program e como a experiência afeta juridicamente quem dele participa, bem como elucidar como funciona o programa desde o processo seletivo até seu encerramento e qual é a natureza do vínculo entre o participante e a empresa. Para a análise da problemática acerca do programa, de como ele afeta quem participa e se há vínculo empregatício, foram utilizados documentos do programa, assim como depoimentos de ex-participantes e documentos da esfera jurídica estadunidense. O material leva a entender como o programa funciona e quais são suas consequências para quem já participou, podendo-se afirmar que a presente pesquisa se classifica como prática e teórica, descritiva, utilizando o método dialético de abordagem e descritivo de procedimento. A partir da análise do tema em harmonia com os objetivos supracitados e na metodologia indicada, chegou-se ao entendimento de que, tanto para o ordenamento jurídico brasileiro, quanto para o estadunidense, o programa cria vínculo empregatício entre o participante e a empresa, apesar de em nenhum momento o empregado assinar contrato de trabalho com a Disney.

**Palavras-chave:** Disney cultural exchange program. Intercâmbio de trabalho. Direito do trabalho.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: floracamaraviana@gmail.com
[2] Professor Doutor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: marcelomauricio@unirn.edu.br

# **DISNEY CULTURAL EXCHANGE PROGRAM:** LABOR EXPLOITATION OR THE FULFILLMENT OF A DREAM?


## ABSTRACT

The following article aims to introduce the Disney Cultural Exchange Program and explain how the experience legally affects those who take part in it, as well as to shed light on how the program works from its recruitment process to its completion and what the legal link between the company and the participant is. Regarding the analysis of the issue in relation to the program, how it affects the participants and if there is an employment relationship, program documents were used, in addition to statements given by former participants and documents from the American juridical sphere. The data leads to an understanding of how the program works and what its consequences to former participants are and because of that it can be said that this research classifies itself as practical and theoretical, descriptive, under the dialectical method of approach and the descriptive method of procedure. Based on the analysis of the topic in accordance with the aforementioned objectives and the indicated methodology, it was understood that for both the Brazilian and the American legal order, the program establishes an employment relationship between the company and the participant, even though the employee doesn't ever sign a work contract with Disney.


**Keywords:** Disney cultural exchange program. Work and travel exchange program. Labor law.

## 1 INTRODUÇÃO

Não é necessário procurar muito para encontrar alguém que tenha crescido assistindo aos filmes da Disney, uma vez que a empresa já atua no ramo há quase um século e lança diversos filmes por ano, recheados de personagens emblemáticos, canções encantadoras e uma atmosfera mágica capaz de cativar até os mais amargurados adultos. Quando se cresce com esse fascínio pela magia da Disney, não surpreende que se sinta

como Ariel em A Pequena Sereia (1989), sonhando em fazer parte desse mundo.

Propõe-se aqui um exercício: imaginar que é possível participar deste universo fantástico e saber de tudo que acontece em seus bastidores - fazer parte *de fato* da Disney: ver todos os dias o castelo da Cinderela, cumprimentar personagens amados como o Ursinho Pooh e ainda receber dinheiro para tal. Parece realmente um sonho.

Essa é a proposta do Disney Cultural Exchange Program, passar as férias da faculdade trabalhando no DisneyWorld recebendo os benefícios que traz a condição de trabalhador da Walt Disney Company, além de morar nas acomodações da empresa. Para muitas pessoas ao redor do mundo, o programa, popularmente conhecido como International College Program (ICP), é a oportunidade de realizar esse sonho.

Lendo brevemente sobre, compreende-se que para participar, basta que o candidato tenha dezoito anos ou mais, esteja matriculado em curso de bacharelado reconhecido pelo Ministério da Educação e seja fluente em inglês.

Ainda que a avassaladora maioria dos candidatos do programa seja apaixonada pela Disney e já tenha ido aos parques, há uma parcela considerável que apenas vê no programa uma forma de fazer um intercâmbio de trabalho no qual receberá seu salário em dólar, irá praticar um idioma diferente do seu e estará rodeado de pessoas do mundo inteiro, tudo isso conhecendo um país novo e podendo visitar os parques temáticos gratuitamente durante suas folgas.

Sendo aprovado nesse cansativo processo de cerca de seis meses de duração, o candidato agora pode começar a se preparar para o embarque e se considerar um *cast member*[3].

A relação estabelecida se dá em país estrangeiro, com normas e estruturas distintas das brasileiras, além de também não ser assinado um contrato de trabalho formalmente definido. A partir dessa compreensão, surgem alguns questionamentos: a) Qual exatamente é o vínculo que se tem com a empresa? b) Trata-se de um estágio? c) Trata-se de emprego?

Inicialmente, realizou-se uma análise do programa, das particularidades dos documentos assinados, da relação entre a Disney e o *cast member* e da natureza do vínculo, com o propósito de proporcionar uma melhor compreensão do tema.

[3] Em português, significa "membro do elenco", e é a forma como quem trabalha para a Disney é chamado.

Por conseguinte, se analisou a atividade laboral em si, as exigências da empresa e os pontos menos discutidos, como acidentes de trabalho, com o intuito de investigar os dados mais discretos e menos conhecidos sobre o Disney Cultural Exchange Program.

Quanto à metodologia, a pesquisa se define como prática, teórica e descritiva, e nela foi utilizado o método dialético de abordagem e o método descritivo de procedimento. Os documentos aqui analisados foram adquiridos diretamente com a Walt Disney Company, e estão disponíveis para consulta em meio digital.

Com o intuito de trazer diferentes experiências parar compor a pesquisa, foram realizadas entrevistas tele presenciais por meio das plataformas Zoom e Google Meet, entrevistas essas semiestruturadas com roteiro guia flexível baseado nas experiências do DCEP de sessenta e duas pessoas que participaram das edições de 2014/2015 e 2019/2020. A amostra observada foi composta por quarenta e seis pessoas do sexo feminino e dezesseis do sexo masculino, entre vinte e vinte e nove anos de idade.

Por fim, observou-se os aspectos que classificam um trabalhador como empregado, tanto na concepção estadunidense, quanto na brasileira, na tentativa de compreender que relação a empresa tem com o participante.

## 2 (DESCUBRA) A MAGIA DENTRO DE VOCÊ

"Descubra a magia dentro de você". É assim que a página *online* dos programas internacionais da Disney[4] recebe quem a visita. "Um mundo de experiências espera por você". A informação não está incorreta. De fato, um mundo de experiências será vivido por quem participa do programa, mas não deixa de ser curioso que algo como uma oportunidade de trabalho seja divulgada de forma semelhante a um produto.

O Disney Cultural Exchange Program, programa observado ao longo deste trabalho, dura de dois a dois meses e meio para os participantes brasileiros e, geralmente, os leva para o complexo da Disney em Orlando – mais precisamente em Lake Buena Vista (GOMES, 2010), na Flórida. Há também quem seja direcionado para o complexo de Anaheim, na Califórnia, porém por ser a exceção não é o foco desta pesquisa.

Como trazido anteriormente, existe uma série de pré-requisitos que o candidato

[4] Disponível em: https://jobs.disneycareers.com/disney-programs. Acesso em 17 ago. 2021.

deve satisfazer para poder participar do processo seletivo, todos presentes na página *online* da Student Travel Bureau[5], empresa que realiza a ponte entre a Disney e os brasileiros interessados no programa durante a primeira fase da seleção.

São pré-requisitos ter no mínimo 18 anos até o início do processo seletivo; ter fluência na língua inglesa; estar matriculado em curso de bacharelado presencial reconhecido pelo Ministério da Educação (MEC) e com calendário acadêmico regular; estar cursando entre o segundo e o último semestre do curso até a data de embarque; ter disponibilidade para iniciar o programa em meados de novembro e ficar até o começo de março do ano seguinte; possuir condições financeiras de custear passagens aéreas de ida e volta, seguro de saúde exigido pela Disney, as primeiras duas semanas no programa, taxa *assessment fee* (valor revertido para a conservação do condomínio, eventos, etc) e as despesas de visto; estar disposto a morar com participantes do programa vindos de diferentes países e culturas; ser extrovertido, alegre e flexível.

De início, é evidente que o programa só é acessível a uma pequena parcela da população, uma vez que é necessária a fluência na língua inglesa e, de acordo com o Índice de Proficiência em Inglês da Education First[6], o Brasil tem nível de fluência baixo, ficando em 53º lugar no ranking que observou 100 países do mundo inteiro.

Observando também a Síntese de Indicadores Sociais de 2020 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística[7], nota-se que entre os brasileiros de 25 a 34 anos, apenas 21,8% têm ensino superior completo, o que mostra que formação universitária não é a realidade do brasileiro médio.

Por exigências da empresa, o candidato brasileiro só pode participar se adquirir o seguro saúde indicado pela Disney, o Lloyd's of London, custando de US $112 (cento e doze dólares) a US $143 (cento e quarenta e três dólares) mensais[8]. Caso o participante não queira utilizar esse seguro específico e sim um outro de sua preferência, ainda assim precisa contratá-lo junto ao de sua escolha.

---

[5] Disponível em: https://www.stb.com.br/trabalhar-no-exterior/disney-cultural-exchange-program. Acessoem 14 set. 2021.
[6] Disponível em: https://www.ef.com.br/assetscdn/WIBIwq6RdJvcD9bc8RMd/legacy/-/~/media/centralefcom/epi/downloads/full-reports/v10/ef-epi-2020-portuguese.pdf. Acesso em 23 set. 2021.
[7] Síntese de Indicadores Sociais: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira – Disponívelem: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf. Acesso em 23 set. 2021
[8] Informação adquirida diretamente com a Disney, disponível em: https://drive.google.com/file/d/1bQmG1jCyUocFA6yqKaiiaCA5RnizX13P/view?usp=sharing.

É preciso, ainda, que o candidato tenha condições de arcar com as passagens aéreas de ida e de volta – cujos preços não costumam ser baixos –, com as taxas de emissão do visto[9] – taxa SEVIS, de aproximadamente US $35 (trinta e cinco dólares), e taxa de processamento do visto, de aproximadamente US $190 (cento e noventa dólares) – e com a taxa de conservação do condomínio[10], que custa em média US $375 (trezentos e setenta e cinco dólares).

## 2.1 O PROCESSO SELETIVO

Se encaixando nestes requisitos, o participante tenta conseguir uma vaga nas palestras da primeira fase do processo seletivo, palestras essas que geralmente só acontecem em cinco cidades, cada uma em uma região diferente do país.

Tendo êxito na inscrição, no dia da palestra, o candidato levará consigo para o local divulgado seu currículo redigido em inglês, foto do rosto e cópia de seu passaporte (se possuir o documento). Previamente, o candidato receberá por e-mail três documentos que também deverá levar, um contendo termos e condições para participar da seleção, um documento conhecido como *Proof of Student Status Form*[11] e um documento elencando as funções disponíveis para o participante ocupar, no qual ele deve organizá-las em ordem de interesse.

As funções disponíveis se resumem a *Quick Service Food and Beverage*, *Character Performer*, *Character Attendant*, *Merchandise, Attractions*, *Custodial e Costuming*.

Dentre os afazeres daqueles que trabalham em *Quick Service Food and Beverage* estão receber e preparar pedidos, manusear dinheiro, limpar mesas, equipamentos de cozinha e latas de lixo e trabalhar com produtos químicos de limpeza.

Quem trabalha como *Character Performer* faz uso de fantasias pesadas e com

[9] Informação adquirida diretamente com a Disney, disponível em: https://drive.google.com/file/d/1bQmG1jCyUocFA6yqKaiiaCA5RnizX13P/view?usp=sharing.
[10] Informação adquirida diretamente com a Disney, disponível em: https://drive.google.com/file/d/1bQmG1jCyUocFA6yqKaiiaCA5RnizX13P/view?usp=sharing.
[11] Documento assinado pelo aluno e pela instituição de ensino, atestando matrícula e em que estágio do curso está, adquirido diretamente com a Disney (através da STB) disponível em: https://drive.google.com/file/d/14FAAgBAnAzVhlutCfSgG8gX2_0Mu2VgV/view?usp=sharing.

alcance visual limitado; deve ser capaz de realizar comunicação não-verbal com *guests*[12], posar para fotos e interagir com clientes dentro e fora de restaurantes.

*Character Attendants* fazem a ponte entre os personagens e os *guests*, portanto devem realizar controle do público, garantir a segurança e a integridade dos personagens e auxiliar os *Character Performers* a vestir suas fantasias.

Aqueles que exercem a função de *Merchandise* têm como obrigações demonstrar e vender produtos (incluindo bebidas alcoólicas, tabaco e artigos oficiais da Disney, como roupas e brinquedos), manusear dinheiro (manualmente e por meio de caixa registradora) e preparar comidas e doces, entre diversas outras.

A função de *Attractions* engloba trabalhar com os brinquedos e as apresentações de teatro nos parques, direcionar *guests* para dentro e fora das atrações[13], operar sistemas eletrônicos de controle de brinquedos e auxiliar nas evacuações de emergência das atrações se necessário, entre outros.

*Custodial* é a função que inclui uma limpeza extensiva dos parques (incluindo banheiros), manuseio de produtos químicos de limpeza e o esvaziamento de lixeiras, bem como diversas outras funções.

*Cast members* que trabalham em *Costuming* têm como responsabilidades a entrega de fantasias a demais *cast members* nas áreas de entretenimento; operar o sistema computadorizado de retirada de fantasias; trabalhar com *Character Performers* e auxiliá-los com suas fantasias, com pouca ou nenhuma interação com *guests*.

Analisando as funções apresentadas sob a luz do conceito de Disneyzação de Alan Bryman (2004), percebe-se a influência de duas de suas quatro dimensões: a tematização e o trabalho performático. Desde uniformes inspirados em obras da Disney a ambientes e linguagem temáticos, tudo que o *cast member* é ensinado e instruído a fazer segue uma série de diretrizes para proporcionar uma experiência imersiva e mágica para o *guest*, como chama-los de “patrulheiros espaciais” nas áreas com temática espacial e se referir a crianças como “príncipe” e “princesa”.

Durante a palestra da primeira fase, informa-se brevemente sobre como proceder em caso de aprovação, como o candidato deve ser portar caso vá a trabalhar na empresa e

[12] Palavra inglesa para "convidados", forma pela qual a empresa se refere a seus clientes.
[13] Atrações incluem os brinquedos e as apresentações presentes nos parques.

como seu aspecto visual deve ser mantido, pois a Disney possui um código de regras de como o *cast member* deve manter sua aparência e se comportar, o Disney *Look.*

Finalizada a palestra, os candidatos são chamados em trios, ocasionalmente em duplas, para serem entrevistados. Essa entrevista acontece sempre em inglês, sendo uma forma de testar a fluência do candidato para saber se este consegue realizar uma comunicação básica. Se reprovado, o candidato poderá, se ainda se encaixar nos pré-requisitos, tentar novamente no ano seguinte, com exceção dos reprovados em 2019, pois, devido à pandemia da Covid-19, não houve processo seletivo para as edições de 2020/2021 e 2021/2022[14].

Caso o candidato esteja na lista de espera, deve aguardar até saber seu status e, se for aprovado, começa a se preparar para a segunda fase do processo. Nesta fase, o participante será entrevistado individualmente por um recrutador da Disney e ela sempre ocorre na cidade de São Paulo/SP.

Antes da entrevista acontecer, é preciso que o candidato disponibilize alguns documentos na plataforma *online* Disney Onboarding Central (DOC), como o *Proof of Student Status* devidamente preenchido e assinado pelo participante e sua instituição de ensino.

A segunda fase é composta por uma entrevista mais casual, pois a Disney possui uma maneira muito peculiar e específica de contratar seus trabalhadores, dando preferência àqueles intrínseca e extrinsecamente motivados (GRAHAM, 2021). Nesta entrevista, o recrutador faz diversas perguntas acerca da personalidade do candidato, de como melhor trabalha (se em grupo, se sozinho, se sob pressão), de seus gostos pessoais, além de perguntar sobre que funções o candidato tem mais interesse em desempenhar.

Cerca de um mês depois é divulgado o resultado: assim como na primeira fase, se reprovado, o candidato poderá tentar novamente se desejar. Se na lista de espera, aguarda até saber se foi aprovado ou não e, se aprovado, já pode se considerar um futuro *cast member*.

[14] Disponível em: https://www.stb.com.br/trabalhar-no-exterior/disney-cultural-exchange-program. Acessoem 14 set. 2021.

## *2.2* A CONDIÇÃO DE *CAST MEMBER*

Aprovado na segunda fase, o participante agora terá que arcar com os custos de seu deslocamento até Orlando, com as taxas de conservação do condomínio, as taxas do visto e o seguro saúde internacional, bem como separar dinheiro para as duas primeiras semanas do programa, pois só a partir daí começará a trabalhar e a receber por seu trabalho.

Ainda, é preciso que assine alguns documentos, nenhum deles sendo exatamente um contrato, porém as obrigações que trazem a quem o assina são suficientes para que se compreenda que existe uma relação entre ele e a empresa, ainda que confusa.

Um dos documentos assinados é um reconhecimento das políticas do uso dos computadores da empresa e segurança[15]. Em que pese ser possível notar por todo o documento a construção das frases como "o empregado deve", não há nenhum contrato formalmente assinado no qual se estabeleça que quem o assina passa a ser empregado.

Por mais que se tenha fluência, certos aspectos contratuais serão complicados de compreender quando em outra língua, ainda mais se o contrato em questão se baseia nas normas de outro país que não o de quem assina. Dessa forma, todos os aspectos jurídicos estão colocados de uma forma confusa para um brasileiro, principalmente um que não tenha conhecimento jurídico.

Em entrevista, diversos *alumni*[16] informaram que nem sequer leram os documentos que assinaram, pois os acharam difíceis de entender e, independentemente das exigências da empresa, gostariam de participar do programa. Ademais, parte desses entrevistados acreditava se tratar de um programa de estágio universitário, pelo fato de a matrícula em instituição de ensino superior ser um dos pré-requisitos para a inscrição no processo seletivo.

Em nenhum momento se assina contrato de trabalho ou de estágio, mas os documentos pedem que quem o assina se submeta a seguir regras postas sobre os empregados.

---

[15] Informação adquirida diretamente com a Disney, disponível em: https://drive.google.com/file/d/13lcnt6JABkTsLBONb_eyM68W6Ay9PFP4/view?usp=sharing.
[16] Ex-participantes do programa.

Outro documento que os participantes assinam versa sobre ideias e sugestões feitas por *cast members* durante e sobre o trabalho[17], no qual quem o assina concorda que qualquer ideia e sugestão que o *cast member* venha a submeter à empresa pertence a ela, não tendo mais direito a algo que inicialmente era sua propriedade intelectual.

## 3 A EXPERIÊNCIA DO DISNEY CULTURAL EXCHANGE PROGRAM

Levando em consideração que existem sete possíveis funções para desempenhar dentro do programa, fica claro que cada uma trará uma experiência muito pessoal. Exatamente por isso, esta pesquisa conta com depoimentos de sessenta e dois *alumni*, que fizeram parte do programa desde a edição de 2014/2015 até a de 2019/2020. Ainda que cada vivência seja muito individual e particular, alguns aspectos coincidem em todaselas.

O dia de trabalho começa de forma bastante semelhante para quase todos os *cast members*: pegando um ônibus para o trabalho. A Disney conta com um serviço de transporte para os empregados que moram em seus condomínios, o Transdev, com uma frota de aproximadamente vinte ônibus que passam em cada um dos condomínios e em todos os locais de trabalho de quem faz parte do programa, além de supermercado, shopping e outros pontos da cidade[18]. Esse transporte leva o *cast member* sem nenhum custo para um dos diversos destinos disponíveis, ele apenas precisa mostrar sua *program ID*[19].

Após chegar em seu local de trabalho, o *cast member* apresenta sua *blue ID*[20] *e* passa pelos bastidores da empresa até chegar onde desempenha suas funções. Para que possa fazê-lo, precisa estar trajando sua *costume*[21] conforme manda o Disney *Look*, bem

[17] Informação adquirida diretamente com a Disney, disponível em: https://drive.google.com/file/d/1eMBt3dJvgbbfAQfmp-RC62GQ4SK9B7lM/view?usp=sharing.
[18] Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1FqPQeudRFiAA9nDXIC20-J0oeJT8XtGo/view?usp=sharing.
[19] Documento utilizado para identificar os moradores dos condomínios com nome, foto, data do final do programa, PERNR (número pessoal de identificação pessoal do *cast member*) e se é ou não menor de idade para a lei estadunidense (vinte e um anos de idade). É com ela que também se permite entrada noscondomínios. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1pvI1LJAdnEpOhX9ShlV0bHalMlYAtPL2/view?usp=sharing.
[20] Documento que funciona de forma semelhante a crachá de identificação de trabalhador, contendo nomecompleto, foto e PERNR. Disponível em:https://drive.google.com/file/d/1ZJikIJFRuD36e7wbXKvbyYfSEciCtUBO/view?usp=sharing.
[21] Em português, significa "fantasia", e é como a Disney nomeia seus uniformes. Muitos aspectos do trabalho têm nomes semelhantes a elementos do mundo do teatro, pois a ideia é que tudo o que é feito para os clientes é um *show*/apresentação.

como sua *name tag*[22].

Sabendo que cada função acompanha diversas obrigações e particularidades, é importante entender que cada local de trabalho tem suas especificidades também, o que já se mostra como mais um ponto no qual a experiência de quem faz o programa vai ser diferente daquela vivida pelos demais participantes.

A partir dos depoimentos de *alumni* que foram coletados para essa pesquisa, foi possível ver que as jornadas de trabalho variavam bastante, podendo ir de quatro a treze horas por dia. Oito dos *alumni* entrevistados disseram trabalhar de cinco a seis horas diárias, sete trabalhavam em média de seis a sete horas e outros sete relataram trabalhar de oito a dez horas por dia. Ainda assim, alguns entrevistados informaram já terem chegado a trabalhar de quatorze a dezesseis horas em um só dia em determinado momento do programa.

Quando questionados sobre a segurança no trabalho, vinte e nove dos participantes disseram que havia uma preocupação geral por parte dos *cast members* com a segurança no ambiente, enquanto vinte e quatro disseram não sentir que essa era uma preocupação constante e nove deles alegaram não se sentirem seguros durante o trabalho.

Absolutamente todos os participantes receberam treinamento de segurança, porém quatorze deles alegaram não sentir que o treinamento foi suficiente para garantir que a integridade física dos *cast members* estivesse segura. Trinta e dois dos entrevistados sentiam que o treinamento fora suficiente, enquanto dezesseis sentiram que poderia ter sido mais eficaz. A maioria esmagadora, quarenta e quatro pessoas, foi informada sobre a existência de kit de primeiros socorros disponível aos *cast members* durante este treinamento, mas onze só souberam dessa informação quando precisaram usá-lo, enquanto sete deles não foram informados da existência deste recurso.

Quanto a saúde no trabalho, vinte e três dos *alumni* entrevistados informou já ter ouvido falar sobre ou ter visto alguém sofrer acidente de trabalho, enquanto vinte e dois deles chegaram a se machucar ou adoecer de alguma forma enquanto trabalhavam. Quarenta e quatro deles receberam orientação sobre o que fazer em caso de acidente e

[22] Identificação que todos os *cast members* usam quando em público, que inclui seu nome, sua cidade natal e seu país de origem. Se o empregado fala algum idioma além de inglês, pode solicitar que essa informação seja adicionada. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1tWd_OY5aKegytnKQ0H3- Q9l5R8xvbLuH/view?usp=sharing.

dezoito responderam que não saberiam o que fazer nessa situação.

Quando questionados sobre abuso de poder por parte de líderes, coordenadores e capitães (seus superiores), onze pessoas responderam que já ouviram falar sobre ou já testemunharam *cast members* sofrendo alguma modalidade de abuso, enquanto sete disseram já terem passado por isso. Os entrevistados também foram questionados sobre suas relações com seus superiores, cinco informaram que tinham uma relação ruim, sete mantiveram uma relação neutra, trinta e cinco tinham uma relação boa e quinze entrevistados relataram que tinham uma ótima relação com seus superiores.

É importante ressaltar que a amostra analisada foi composta por representantes de todas as funções de trabalho, todas as modalidades de local de trabalho e das edições de 2014/2015 a 2019/2020. Esses resultados são mais um indicativo de que a experiência do DCEP pode se dar de diversas maneiras, o que explica o fato de existirem *alumni* que têm sentimentos e lembranças muito negativos sobre o programa e outros terem tido o que chamam de a melhor experiência de suas vidas.

Ainda que muitos estivessem sob condições degradantes, nem sempre seguras e muitas vezes insalubres, esses participantes aparentam não terem se incomodado, pode-se observar que, no dia a dia, trabalhavam alegremente (MATOS, 2018).

Após o trabalho, o *cast member* pode aproveitar o resto de seu dia em um dos quatro parques da Disney. Participantes que tinham jornadas de trabalho mais curtas, como por exemplo de quatro a seis horas em um dia, conseguiam com facilidade trabalhar e usufruir do benefício da entrada franca nos parques, porém aqueles que trabalhavam de doze a quatorze horas não tinham essa opção, tanto pelo fato de os parques estarem fechados ao fim da jornada de trabalho, quanto pela exaustão que esta rotina traz ao trabalhador.

Geralmente o *cast member* recebe duas folgas por semana[23] e, se quiser, pode abdicar delas e trabalhar mais adicionando um *shift*[24] extra em seu horário (por meio da plataforma virtual HUB, na qual se recebe os horários de trabalho da semana). *Shifts* extras também poderiam ser combinados a dias de trabalho nos quais o *cast member* não recebesse muitas horas e conseguisse conciliar os dois turnos.

[23] Mesmo podendo receber essas duas folgas, *cast members* que trabalham em lugares muito cheios e que precisam de uma equipe maior podem acabar recebendo apenas uma folga na semana, que é o número mínimo que a empresa pode dar.
[24] Turno/jornada de trabalho.

Esses turnos extras acabam sendo populares por dois motivos: em primeiro lugar, é uma forma de ganhar mais dinheiro – como lá se recebe pela hora trabalhada, quanto mais horas se trabalha, mais dinheiro se recebe –, e em segundo, quem faz o programa com o sonho de trabalhar na Disney geralmente quer trabalhar em todos os parques, usar diversas *costumes* e viver várias experiências diferentes, e essa é a maneira que encontram para fazê-lo.

Caso o *cast member* não queira ou não possa visitar os parques, encontrar seus amigos ou resolver pendências como compras de mercado, vai para seu apartamento em um dos quatro condomínios[25] administrados pela Disney para *cast members* (que fazem parte de programas como o DCEP, Disney College Program e outros): Chatham Square, Patterson Court, The Commons e Vista Way.

Para manter esses condomínios, os participantes dos programas tinham descontado semanalmente em seu pagamento (também semanal) uma taxa semelhante a um aluguel, que ia de US $111 (cento e onze dólares) a US $200 (duzentos dólares)[26], a depender do condomínio e do tipo de apartamento.

Os apartamentos poderiam ser de um a quatro quartos e dividido por duas a oito pessoas, sendo estas *cast members* de diversas nacionalidades, culturas e idiomas diferentes, bem como locais e horários de trabalhos distintos. A própria administração da Disney organizava em que condomínio e apartamento cada participante do programa moraria, separando-os apenas quanto ao gênero.

## 3.1 OS LOCAIS DE TRABALHO

Como já mencionado anteriormente, é possível que o participante do DCEP trabalhe em um dos quatro parques desse complexo, no Disney Springs ou em um dos diversos resorts que também fazem parte do DisneyWorld.

Os parques temáticos são quatro, Magic Kingdom, Disney's Animal Kingdom, Disney's Hollywood Studios e Epcot. O primeiro se caracteriza por ser o mais visitado e frenético dos parques, é nele que se encontra o famoso Castelo da Cinderela. Quem

[25] Atualmente, a Disney não administra mais esses condomínios, agora os participantes desses programasmoram em um único prédio pertencente à empresa, chamado Flamingos Crossings Village.
[26] Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1uvcrExdGX7IoXUux4gY0JsZV4QSx7Kwy/view?usp=sharing.

trabalha nele recebe alguns centavos a mais por hora que quem trabalha nos demais locais.

O Disney's Animal Kingdom é um parque mais tranquilo que o Magic Kingdom, e uma de suas principais atrações é o Kilimanjaro Safaris. Por ser um local com uma vasta reserva de animais, os horários são diferentes dos demais parques, sendo o primeiro a fechar e o único sem show de fogos de artifício.

Com uma proposta de trazer à vida os filmes da Disney, o Disney's Hollywood Studios tem como atrações a The Twilight Zone Tower of Terror e a recente Star Wars: Rise of the Resistance, inaugurada durante o programa de 2019/2020.

Idealizado por Walt Disney como uma espécie de cidade futurística, o parque Epcot (Experimental Prototype Community of Tomorrow*)* tem uma variedade de atrações e festivais. Também conta com a World Showcase, um espaço de proporções colossais no qual se encontram onze pavilhões representando países como a França, o México e o Japão, com comidas e bebidas típicas de cada um deles.

O complexo de Orlando conta com diversos resorts, com lojas e restaurantes nos quais os *cast members* podem acabar sendo direcionados a trabalhar. Os resorts costumam ter um ritmo mais tranquilo que os parques, pois lá os *guests* não estão submetidos a toda a correria e estresse encontrado neles.

No DisneyWorld também se encontra um complexo de lojas, atrações e restaurantes pertencente à Disney, no qual os *guests* não precisam adquirir um ingresso para visitar, o Disney Springs. Com atividades temáticas, cinema e lojas conhecidas, se assemelha a um shopping, porém mais completo.

### *3.2* O DISNEY *LOOK*

A Disney possui toda uma série de regras acerca da imagem do *cast member*, que já passou por algumas mudanças ao longo dos anos, sendo a mais drástica a ocorrida em 2021 com a adição da chave da Inclusão[27], permitindo alguns tipos de tatuagens em lugares visíveis, esmalte nas unhas para todo e qualquer gênero, e diversos estilos de

[27] A Disney trabalha a partir de "chaves", conceitos que considera como essenciais para que a empresa funcione. São estes: Segurança, Cortesia, *Show*, Eficiência (nesta ordem), assim como a Inclusão, "chave"adicionada recentemente. Estas são conhecidas como *Five Keys.*

cabelo. Apesar dessa mudança, a presente pesquisa explora as exigências vigentes no Disney *Look Book*[28] no período de novembro de 2019 a janeiro de 2020, não incluindo as alterações supracitadas.

Para um brasileiro, pode-se causar um certo estranhamento exigências formais de uma empresa acerca da aparência de um trabalhador. Por mais que exista preconceito com determinados tipos de cabelo, penteados e vestimentas que pode vir a impedir uma contratação, não é comum no Brasil que o patrão possa regular como o trabalhador se apresenta para o mundo. Nos Estados Unidos, isso funciona de forma diferente.

Durante o programa de 2019/2020, as exigências do Disney *Look* incluíam onde a *blue ID* do empregado deveria estar em seu corpo, que tipo de óculos e lentes de contato eram permitidos, os cuidados com higiene a serem mantidos – como banhos frequentes, manutenção do cabelo limpo, uso de desodorantes e a proibição de perfumes fortes –, entre diversos outros.

Tatuagens à mostra não eram permitidas, caso o *cast member* possuísse alguma em parte do corpo não coberta pelo uniforme, deveria cobri-la com bandagens ou segunda pele por baixo da *costume.*

Quanto às cores de cabelo, a empresa mantém seu posicionamento: o trabalhador pode alterar a cor com tinturas contanto que a nova cor aparente ser natural. O comprimento do cabelo para homens deveria ser curto, já para as mulheres a exigência era apenas que a cabeça e as sobrancelhas não fossem raspadas e que, se o cabelo fosse muito longo a ponto de atrapalhar no desempenho do trabalho e/ou cobrisse a *name tag* do *cast member*, fosse mantido preso.

Dependendo da função exercida, era permitido que mulheres utilizassem esmaltes de cores claras, mas homens não tinham essa liberdade. A lista continua, incluindo também o comprimento/tamanho dos uniformes que o *cast member* deveria usar, cores de peças íntimas e de meias permitidas e como pelos faciais deveriam ser mantidos.

Assim, pode-se observar que muitos são os aspectos da identidade pessoal do indivíduo controlados pela empresa, de modo que, o desrespeito às regras deste código pode levar a advertências e até demissão.

[28] Documento adquirido diretamente com a Disney, disponível em: https://drive.google.com/file/d/1h_bpVmqmWo7Yo-fj9B6m0w9hTsIKxWVy/view?usp=sharing.

## 4 A NATUREZA DO VÍNCULO

Após todos os pontos trazidos nesta pesquisa, é possível observar que diversas são as funções exercidas dentro deste programa e, partindo do pressuposto de que por conta de um pré-requisito da própria Disney todos os participantes são estudantes universitários, levanta-se a questão: trata-se de estágio?

A depender do curso frequentado pelo participante, como Turismo, Administração e Gastronomia, algumas das atividades realizadas durante o programa realmente possuem relação com a graduação do *cast member*, mas isso não é a realidade para os cursos de Medicina, Direito, Física e Biologia, por exemplo. Dessa forma, não há como ser considerado estágio pela ótica da legislação brasileira, conforme o que traz o art. 1º da Lei de número 11.788/08, conhecida como Lei do Estágio:

> Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.
>
> (...)
>
> § 2º O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho.

De fato, para alguns cursos a atividade realizada no programa pode ter ligação com o que o aluno estuda, porém quem escolhe a função de cada participante é a própria empresa, sem necessariamente levar em consideração o que o *cast member* estuda em seu curso, então se ele trabalha com algo semelhante ao que estuda, é provável que o faça por pura coincidência.

Ademais, quando se observa o art. 10 da mesma Lei, pode-se perceber que a carga horária trabalhada no DCEP é, ao menos por parte dos entrevistados, muito superior ao que a carga horária de um estágio pode e deve durar:

> Art. 10. A jornada de atividade em estágio será definida de comum acordo entre a instituição de ensino, a parte concedente e o aluno estagiário ou seu representante legal, devendo constar do termo de compromisso ser compatível com as atividades escolares e não ultrapassar:

> (...)
>
> II – 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio edo ensino médio regular.

Dessa forma, resta mais que claro que este programa não se classifica como um estágio no ordenamento jurídico brasileiro, ordenamento que as universidades e faculdades brasileiras se submetem, não podendo nem ao menos aceitar a participação nesse programa como substituto do estágio obrigatório. Não sendo estágio, trata-se de emprego? Como se deve analisar esta questão: pelos documentos assinados ou pela primazia da realidade[29]?

Realizando uma breve análise desses documentos, é possível notar que a todo momento o participante é chamado de empregado, mas em nenhum momento se assina contrato de trabalho.

Levando em consideração o fato de que o brasileiro médio não tem um vasto conhecimento do ordenamento jurídico sob o qual está submetido nem dos termos nele utilizados, não causa estranhamento que os participantes deste programa também não tenham, com exceção daqueles que cursam Direito ou que, por outra razão, têm contato com esse universo.

Se para um brasileiro já pode ser difícil compreender uma relação de trabalho dentro de seu país, quando essa relação é com uma empresa de outro país em território estrangeiro e todos os documentos estão em outro idioma, tudo pode se tornar ainda mais confuso.

Lendo esses documentos, sente-se falta de um contrato de trabalho formal, como habitualmente se tem. Parte-se então para a análise do ordenamento jurídico estadunidense, na tentativa de descobrir se o participante do DCEP se encaixa na definição de empregado do Fair Labor Standards Act of 1938[30] (FLSA).

Em sua seção 203, o FLSA menciona brevemente que *employee* é qualquer um empregado por um empregador, mas sem explicar como se dá esse ato de "empregar", se é preciso um contrato formal ou se basta analisar a situação pela primazia da realidade dos

[29] Princípio geral do Direito brasileiro que visa solucionar as inconsistências que surgem quando o queacontece na realidade difere do que se está disposto em contrato ou documento semelhante.
[30] Documento que regula as relações de trabalho nos Estados Unidos.

fatos, o que faz com que se retorne à dúvida inicial.

Precisa-se então pesquisar qual é a classificação de "empregado" no contexto legal estadunidense. De acordo com o Black's Law Dictionary, *employee* é quem presta serviço a alguém sob qualquer contrato de trabalho, expresso ou tácito, no qual o empregador tem o poder de controlar e direcionar o empregado da forma que quiser.

Segundo Charles J. Muhl (2002), para o ordenamento jurídico estadunidense é preciso analisar se o empregador detém o poder de controlar a atividade laboral em si, não só o resultado desta. A questão aqui não é se o empregador controla ou não a atividade, mas se tem a "mera capacidade" de fazê-lo.

Ademais, as Cortes dos Estados Unidos se utilizam de três testes para analisar caso a caso, na tentativa de saber se trata-se de relação de emprego ou não. Propõe-se aqui a análise do *cast member* brasileiro participante do DCEP a partir de dois destes testes (uma vez que o terceiro é uma junção do primeiro e do segundo), o *common-law test* e o *economic realities test* (MUHL, 2002).

O primeiro examina dez fatores, o direito ao controle, o tipo de negócio, a supervisão, o nível de habilidade, as ferramentas e materiais, se a relação é contínua, a modalidade sob a qual o trabalhador recebe seu pagamento, a integração, a intenção e se o trabalhador oferece serviço para mais de um empregador ou não (MUHL, 2002).

Caso o empregador tenha direito ao controle do modo com o qual o trabalhador trabalha; a ocupação do trabalhador se encaixe nas atividades da empresa; o empregador supervisione o trabalhador; o nível de habilidade não precise ser alto ou específico; o empregador detenha os meios de produção; o trabalhador trabalhe por tempo contínuo; o trabalhador receba pela hora (ou de outra maneira que também seja conforme o tempo trabalhado); o trabalho faça parte das atividades habituais do empregador; haja intenção de criar relação empregador-empregado e o trabalhador preste serviço a apenas um empregador, o trabalhador é considerado empregado(BARRON, 1999).

Analisando os fatores supracitados, percebe-se que o *cast member* brasileiro que trabalha dentro do DCEP se encaixa em todas as especificações de empregado. A Disney tem a capacidade e o direito de controlar a forma como o trabalhador exerce suas atividades e o faz por meio de coordenadores e líderes que supervisionam o trabalho do *cast member*, além disso, o participante trabalha com as atividades exercidas pela empresa, não é

necessário um nível alto de nenhuma habilidade específica para trabalhar com essa atividade, o empregador detém os meios de produção, o *cast member* recebe pela hora trabalhada, e presta serviço, naquele momento, apenas à empresa, além de o fazer de forma contínua, ainda que por tempo limitado.

Já o *economic realities test* analisa apenas seis fatores: integração, investimento em acomodações, direito ao controle, risco, habilidade e relação contínua, alguns em comum com o teste anterior (MUHL, 2002).

Caso o trabalhador preste serviço que seja parte das atividades regulares do empregador; o trabalhador não tenha que investir em seu local e equipamento de trabalho; a gerência detenha certo grau de controle sobre o trabalho; o trabalhador não tenha oportunidade de obter lucro ou perda na atividade; o trabalho não requeira nenhuma habilidade específica ou julgamento e o trabalhador tenha relação permanente ou estendida com o empregador, o trabalhador é empregado (BARRON, 1999).

Como já se apresentou anteriormente, a atividade realizada faz parte das atividades regulares da empresa. Ademais, o *cast member* não investe em local ou equipamento de trabalho, há controle da gerência sob o trabalho, não há risco do empreendimento uma vez que o *cast member* só recebe pela hora trabalhada e não há necessidade de nenhuma habilidade específica.

Após essa análise, parece até simples que, apesar de não haver contrato de trabalho, o *cast member* que trabalha através desse programa se encaixa em diversos dos fatores definidores da condição de empregado, portanto, pela primazia da realidade dos fatos, é considerado empregado, havendo sim vínculo empregatício.

Justamente pelo fato de o FLSA utilizar uma definição muito vaga e pouco específica quando explica o conceito de "empregado", o Congresso e as Cortes estadunidenses reconhecem que a intenção deste é proteger o trabalhador, portanto, analisam sob uma interpretação ampla e baseada no *economic realities test* (MUHL, 2002).

Ainda assim, esses não são conceitos amplamente conhecidos fora dos Estados Unidos, de forma que, para um brasileiro que nunca pesquisou a respeito, existe uma grande lacuna em sua compreensão de si mesmo perante a empresa, sem saber exatamente quais são seus direitos e onde exatamente se encaixa.

Além de todos os fatores apresentados, o *cast member* possui desconto de

empregado em diversos produtos da empresa, bem como benefícios e deveres de empregados (como o que foi visto nos documentos assinados pelos participantes), o que elucida ainda mais que a própria Disney o vê como empregado, ainda que não explicite esse entendimento em contrato de trabalho.

Em *Brock v. Mr. W Fireworks, Inc.,* no ano de 1987, a Corte de Apelações do Quinto Circuito, nos Estados Unidos, utilizou-se do *economics reality test* (MUHL, 2002) e chegou ao entendimento de que os vendedores de fogos de artifício da Mr. W Fireworks eram considerados empregados pelo fato de não precisarem ter nenhuma habilidade específica para realizar a atividade, e pela empresa ter definido onde as barracas de fogos ficariam, qual deveria ser o tamanho delas e por quanto a mercadoria deveria ser vendida, além de fazer com que o trabalhador passasse vinte e quatro horas trabalhando para que não resultasse na perda do inventário.

Outro caso no qual foi utilizado esse teste foi *Brock v. Superior Care, Inc.*, no qual a Corte de Apelações do Segundo Circuito, também nos Estados, entendeu que a empresa Superior Care havia violado as diretrizes acerca do pagamento de horas extras do FLSA, não compensando devidamente parte de seus enfermeiros (MUHL, 2002).

A empresa não os considerava empregados por existir uma certa flexibilidade em relação à atividade exercida: o empregador direcionava temporariamente o trabalhador a hospitais, casas de repouso e pacientes individuais à medida em que a demanda surgisse, pagando-os pela hora trabalhada (MUHL, 2002). Além disso, caso o enfermeiro não quisesse aceitar a oportunidade de trabalho, poderia recusá-la sem risco de demissão.

Em análise, Muhl (2002) explica que a Corte chegou à conclusão de que esses enfermeiros eram, de fato, empregados, pois entendeu que eles não possuíam possibilidade de lucro ou perda, uma vez que o pagamento que recebiam da empresa os impediam de estabelecer contratos com os pacientes.

Apesar de nenhum dos casos girar em torno de *cast members* da Disney, pode- se traçar um paralelo quanto à consideração deles como empregados, uma vez que, como nos julgados supracitados, pontuarem significativamente nos testes aqui expostos, assim, na relação entre a Disney e o participante do DCEP há, de fato, vínculo empregatício, ainda que não exista contrato de trabalho formalmente estabelecido.

Trazendo o caso para o Brasil, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), art. 3º,

traz-se o entendimento de que empregado é “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se como requisitos para a relação de emprego a pessoalidade, subordinação, onerosidade, natureza não eventual e o empregado não correr os riscos do empreendimento (CASSAR, 2018). Analisando a relação exposta nesta pesquisa agora sob a ótica da CLT, deve-se observar se ela se encaixa nestes requisitos.

Quanto à pessoalidade, entende-se que esta se dá pela seleção de um indivíduo específico devido a suas qualificações pessoais e virtudes, não podendo ele ser substituído por outrem arbitrariamente. Como já foi exposto, o *cast member* do DCEP passa por um demorado processo seletivo para que a empresa decida aprova-lo ou não.

A empresa atua com muita cautela na hora de selecionar quem nela irá trabalhar pelo fato de existirem muitas informações que não devem ir a público, para não destruir a magia vendida para os clientes. Além disso, nos bastidores da empresa só é possível adentrar se o trabalhador estiver devidamente identificado com sua *blue ID*, que é escaneada para que a empresa se certifique que de fato aquele é um trabalhador autorizado. Não há possibilidade de ser substituído por simplesmente qualquer pessoa, então sim, há pessoalidade na relação.

A subordinação mencionada remete a hierarquia e a submissão: o trabalhador obedece ao empregador. Na Disney, o *cast member* segue uma série de regras, desde como se portar na frente dos *guests* a como sua aparência é mantida. Outrossim, caso desobedeça às exigências da empresa, recebe advertências e, dependendo de quantas receber, pode até mesmo ser demitido. O empregador dirige a empresa, a organiza e impõe punições a seus trabalhadores, o que indica a presença da subordinação.

Para a CLT, a onerosidade está na reciprocidade da relação de trabalho: o empregador explora a força de trabalho do trabalhador, que por sua vez, recebe pela atividade exercida. No DCEP, o *cast member* trabalha para a empresa, que lucra com este trabalho, e a empresa o remunera pela hora trabalhada.

Quando se analisa a natureza não eventual, o que se procura saber é se aquele trabalho é realizado de forma contínua ou de forma fortuita, de modo a compreender se há eventualidade na relação ou não (CASSAR, 2018). Apesar de se tratar de uma relação de

menos de três meses de duração, o trabalho se dá de forma contínua durante esse período, tendo o *cast member* expedientes em, no mínimo, cinco dias da semana continuamente, até o fim da relação, portanto, a natureza do trabalho é não eventual.

Os riscos de um empreendimento são sempre do empregador, o empregado apenas realiza o trabalho e recebe por ele. Na Disney, isso não é diferente: quem lucra ou deixa de lucrar com o fluxo de clientes nos parques, compras dos produtos oficiais e bilheterias dos filmes da empresa é ela, o trabalhador apenas vende sua força de trabalho, não correndo os riscos do empreendimento. Assim, compreende-se que, seja no Brasil ou nos Estados Unidos da América, o *cast member* é empregado.

## 5 CONCLUSÃO

Em face de tudo o que foi exposto, dos documentos analisados e das informações coletadas, observando desde o processo seletivo, o dia a dia do *cast member,* as funções que exerce e as condições nas quais o faz, bem como a remuneração que recebe e as exigências sob as quais o trabalhador está sujeito, compreende-se que, o vínculo que o *cast member* no DCEP tem com a Walt Disney Company é empregatício, tanto se analisado sob a luz do Direito Brasileiro, quanto do Direito Estadunidense.

A empresa controla todos os aspectos da atividade laboral, detém os meios de produção e remunera o trabalhador pelo trabalho que ele realiza. O *cast member* não precisa apresentar alto nível de habilidade ou habilidade específica para realizar o trabalho, está sujeito às imposições da empresa, exerce atividade condizente com a desta e obedece à sua hierarquia. Ademais, nesta relação há pessoalidade, onerosidade, subordinação, habitualidade e o trabalhador não corre os riscos do empreendimento.

Ainda que seja necessária a matrícula em curso universitário, não se trata de estágio, uma vez que quem lá trabalha está submetido a uma carga horário muito superior à permitida pela Lei do Estágio Brasileira e as atividades exercidas não condizem com as da profissão do curso estudado, fugindo do propósito de um estágio.

O que a empresa acaba por fazer nesse programa é contratar uma mão de obra fluente em, pelo menos, dois idiomas, disponível e disposta a trabalhar horas exaustivas e em condições, no mínimo, atípicas. Dessa maneira, fica claro que os *cast members*

brasileiros do DCEP atuam como uma espécie de mão de obra barata – e bastante qualificada –, de forma que a empresa fica em uma posição altamente confortável sem gastar muito.

Dentro da relação entre a Disney e o *cast member,* existem ainda diversos pontos que podem ser explorados, como o assédio moral sofrido por parte dos trabalhadores e a proteção (ou ausência dela) da integridade física do empregado, portanto o tema explorado no presente artigo não se esgota com ele, permitindo que muitas outras análises ainda sejam realizadas em outras pesquisas.

Em suma, ainda que não exista um contrato de trabalho formalmente assinado, pode-se concluir que a relação entre a Disney e o participante do DCEP é uma relação de emprego, devido a tudo que a empresa tem direito a exigir do *cast member* e a todas as obrigações e benefícios que a ele são atribuídos dentro dessa relação, seja ela observada através da ótica do ordenamento jurídico brasileiro ou do ordenamento jurídico estadunidense. Assim, é, de fato, empregado. A experiência pode até ser a realização de um sonho para alguns, mas é exploração de mão de obra para todos.

## REFERÊNCIAS

BARRON, Myra H. Who‘s an Independent Contractor? Who‘s an Employee? **The Labor Lawyer**, Syracuse, v. 14, ed. 3, p. 457-473, Inverno/Primavera 1999.

MATOS, Paola Rodrigues de. Magia para quem? Uma análise crítica do intercâmbio de turismo na Disney World. **Revista de Turismo y Patrimonio Cultural**, Espanha, v. 16,n. 2, p. 415-428, abril 2018. DOI 10.25145. Disponível em: http://ojsull.webs.ull.es/index.php/Revista/issue/view/Vol.%2016%282%29%202018/PA SOS56_16_2_2018. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008. Dispõe sobre o estágio de estudantese dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 de set. 2008

BRYMAN, Alan. **The Disneyization of Society**. 1. ed. Londres: SAGE Publishers, 2004.199 p. ISBN 0 7619 6764 8.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-8014-6.

EDUCATION FIRST. Índice de Proficiência em Inglês da EF: Um ranking de 100 países e

regiões por domínio da língua inglesa. **EF EPI**, [*s. l.*], 2020. Disponível em: https://www.ef.com.br/assetscdn/WIBIwq6RdJvcD9bc8RMd/legacy/_ /~/media/centralef com/epi/downloads/full-reports/v10/ef-epi-2020-portuguese.pdf. Acesso em: 23 set.2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações, Quinto Circuito. Brock v. Mr. W Fireworks, Inc.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações, Segundo Circuito. Brock v. Superior Care, Inc.

GOMES, Rita. **Walt Disney World(s)**: Os Bastidores. Orientador: Dr. Paulo Peixoto. 2010. 45 p. Relatório de Estágio (Mestrado em Cidades e Culturas Urbanas) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

GRAHAM, Kimberly. **A Culture of Contribution**: The Hiring, Training, and Retaining of Passionate Employees: A Disney Perspective. 2021. 32 p. Senior Honors Theses (Graduação em Administração de Negócios) - Liberty University, Lynchburg, 2021.

MUHL, Charles J. What is an employee? The answer depends on the Federal law. **Monthly Labor Review**, Washington DC, janeiro 2002.

**Síntese de indicadores sociais:** uma análise das condições de vida da população brasileira: 2020 / IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020. 148 p. il. - (Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, ISSN 1516-3296 ; n. 43)

# **“DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS”:** UMA ANÁLISE ACERCA DA (NÃO) PRESENÇA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NOESTUDO DE CASO DA FAVELA DO JACAREZINHO.

Amanda Luiza Bezerra Rodrigues[1]

Marcelo Maurício da Silva[2]

**RESUMO**

A anos os moradores das favelas brasileiras vêm sendo vítimas do descaso do Estado na garantia de serviços básicos, como por exemplo saneamento, saúde e segurança, os quais são direitos básicos e previstos na Constituição Federal. Outro grande problema enfrentado é a violência policial, a qual tem tornado a vida cotidiana dessa parte da sociedade marcada pelo medo e pelo sentimento de desprezo por parte das autoridades. Diante disso, o presente trabalho teve como objetivo principal investigar o papel do Estado frente à garantia dos direitos fundamentais previstos na CF/88, tomando como base o conceito de Estado Democrático de Direito e fazendo uma análise da realidade enfrentada pelos moradores das favelas, principalmente no ocorrido da operação policial na favela do Jacarezinho, no ano de 2021, no Rio de Janeiro. O método de pesquisa utilizado foi o qualitativo, por meio de uma abordagem dedutiva e técnicas de pesquisa bibliográficas, através da análise de documentos e jurisprudência. Alguns dos resultados obtidos foram a confirmação sobre o esquecimento das favelas pelo poder público, e que quando decidem adentrar nelas, geralmente, é por meio da força policial, provocando medo na população e reforçando o descrédito ainda maior do estado, pois não veem na prática a efetivação de seus direitos. A conclusão a que se chegou foi a de que a negligência do Estado é notória, e tem causado diversas situações de violência, resultando na morte de inocentes, mostrando que os direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito não estão sendo efetivados.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.E-mail: amandarodrigueszlp@gmail.com

[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: marcelomauricio@unirn.edu.br

**Palavras-chave:** Favela do Jacarezinho. Estado Democrático de Direito. Garantias Fundamentais. Operações policiais. Pandemia de COVID-19.

**"DOUBLE STANDARDS":** AN ANALYSIS ABOUT (NON) PRESENCE THE DEMOCRATIC RULE OF LAW INSIDE IN THE CASE STUDY OF FAVELA DOJACAREZINHO

## ABSTRACT

For years the Brazilian favela's residents have been victims from the state neglicy in the guarantee of needed services , such as: sanitation, education support and public health, which are basic rights provided for in the Federal Constitution. Another major problem faced by the favela`s population is the police violence which has made the daily life of this part of society marked by fear and the feeling of contempt on the part of the authorities. Therefore, that paper aims to investigate the role of the state in the human rights predicted in the federal constitution from 1988, taking as base the concept of Democratic State of Law and making an analysis of the reality faced by the favela's residents, mainly with what happened in the police operation in the favela of Jacarezinho, in 2021, in Rio de Janeiro. The research method used was the qualitative, through a deductive approach and bibliography research, through the analysis of documents and jurisprudence. Some of the results obtained were confirmation that, in fact, favelas have been forgotten for years by the government, which when they decide to enter them is usually through the police force, thus generating insecurity and fear for the people who live there, leading to those to be discredited by the State because they do not see the realization of their rights in practice. The conclusion reached was that the negligence of the State is notorious and has caused several situations of violence that result in the death of innocent people and thus, the fundamental rights, promised by the Democratic Rule of Law, are only remaining on paper, in the ideal plan.

**Keywords:** Jacarezinho favela. Democratic state. Fundamentals guarantees. Police operations. COVID-19 PANDEMIC.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente produção é uma introdução e análise sobre a presença do Estado Democrático de Direito dentro das favelas do Brasil, tendo como ótica principal a análise do caso da ação policial na favela do Jacarezinho, no Rio de Janeiro, a qual aconteceu em maio de 2021 e ocasionou a morte de muitas pessoas e diversas violações de direitos fundamentais.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a qualitativa, que se desenvolveu a partir do método de procedimento da análise histórica ao tratar do surgimento do Estado Democrático de Direito e o surgimento das favelas e sua marginalização, o método de abordagem foi o dedutivo, que partiu de um estudo da lei e como tem sido aplicada na prática. Por fim, as técnicas de pesquisas foram bibliográficas por meio de pesquisas de jurisprudências, doutrina, princípios e artigos, documental, com a investigação em jornais e, também, foi feito um estudo de caso a partir dos acontecimentos jurídicos que se deram na operação da favela do Jacarezinho.

Foi debatido e questionado se os direitos fundamentais, expressos na Constituição Federal de 1988 estão, ou não, sendo assegurados à sociedade, mais especificamente aos moradores da favela. Com isso, o presente artigo tem como problemática a discussão sobre a realidade das favelas quanto à garantia dos direitos fundamentais: o Estado Democrático de Direito tem sido presente nas favelas brasileiras efetivando as garantias previstas na nossa Constituição?

Para responder essa pergunta foi feito um comparativo das previsões normativas quanto à garantia dos direitos fundamentais e a realidade vivida dentro das favelas brasileiras, através de um estudo de caso da operação que aconteceu na favela do Jacarezinho no dia 6 de maio de 2021 - a qual ficou conhecida como uma das operações mais sangrentas até então - deixando 28 vítimas.

Além disso, foram analisados dados que apresentam a situação da concessão de infraestrutura básica nas favelas, principalmente com relação a assistência educacional, saneamento básico, hospitais, áreas de lazer e como o Estado ainda atua dentro desses lugares para que os seus residentes possam ter uma vida minimamente digna.

É importante ressaltar que as favelas brasileiras compõem grandes conjuntos populacionais, onde 17,1 milhões de pessoas moram nessas localidades, cerca de 8%

da população nacional. Logo, é necessário que o Estado Democrático de Direito atue fortemente nessas localidades para a garantia do que é previsto na lei.

Uma dessas previsões e que consta na Constituição de 1988 é com relação ao direito à segurança pública, sendo esse um direito fundamental e que deve ser garantido a todo e qualquer cidadão. No entanto, dados demonstram que o número de mortes durante as operações policiais nas favelas cresceu no primeiro trimestre de 2021, saindo de um total de 75 vítimas, no ano de 2020, para 95, de janeiro a março de 2021, representando uma alta de 26,6% (BBC, 2021). Vale ressaltar que nesses dados não estão presentes as 28 vítimas na ação policial na favela do Jacarezinho.

Uma parte tão representativa na demografia do país não pode estar à margem da sociedade, logo, o presente artigo buscou investigar, com base em dados e análise jurídica, como se dá a atuação do Estado nessas localidades, como é, na prática, a garantia dos direitos fundamentais e, principalmente, com relação a segurança pública.

É importante ressaltar a importância social e jurídica da temática, tendo em vista que a luta pela garantia dos direitos sociais ainda é um desafio, principalmente quando se fala em favelas e comunidades, pois, não é de hoje que se observa diversos indicativos demonstrando que a vida nas favelas é extremamente diferente do que em outros locais das cidades.

## 2 A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Brasil, com a consolidação da nova ordem constitucional erigida pela Constituição Federal de 1988, resultado do novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo, que ao juntar as ideias de constitucionalismo e de democracia gerou a nova forma de governança e organização político-jurídica, também conhecida como Estado Democrático de Direito. Sua principal característica era de que a soberania era a vontade do povo, denominando dessa forma, o princípio democrático ao afirmar que "todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."[3]

[3] **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: I -A soberania; II - A cidadania; III -A dignidade da pessoa humana; IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - O pluralismo político. **Parágrafo único.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos oudiretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL,1888).

Diferentemente do Estado de Direito, que tem como figura soberana a própria lei, em que a sociedade deve cumprir a todo custo. Este, surgiu na Europa, após a revolução Francesa, em um período de transição do Absolutismo para o Parlamentarismo, em que o direito começou a controlar e ditar o exercício do poder, embora nesse primeiro momento fosse um período marcado pelo Liberalismo, em que o Estado se mantinha longe das relações interpessoais.

Acontece que, em decorrência da miséria vivida e dos abusos sofridos pelos trabalhadores dentro das fábricas, as pessoas passaram a reconhecer a insuficiência desse modelo estatal e por defender a interferência do Estado em alguns quesitos, em detrimento disso, surge a ideia do Estado de bem-estar social, que mais tarde ficou conhecido como Estado Democrático de Direito (PORFÍRIO, 20--?).

Com isso, houve uma aparente junção entre o Estado Liberal, vivido na época, com a nova ideia que estava ganhando cada vez mais força, mas segundo José Afonso da Silva (1988, p. 15-16)

> [...] o Estado democrático de Direito concilia o Estado democrático e o Estado de Direito, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformaçãodo status quo.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito formou um novo conceito, com características voltadas ao respeito e proteção à vida e sua regulação nas sociedades, se distinguindo do modelo antes vivido, o qual era pautado na submissão às leis emanadas pelo poder Legislativo.

As principais características do Estado Democrático de Direito são a soberania popular, uma democracia representativa e participativa, um Estado Constitucional, ou seja, que possui uma constituição que emanou da vontade do povo e um sistema de garantia dos direitos humanos. Ao serem aceitos pelo Brasil por meio de Tratados Internacionais, foram incorporados em nosso ordenamento jurídico, e após sua positivação passaram a possuir uma forte marca por todo o texto constitucional. Em virtude disso, surge a ideia dos direitos fundamentais, os quais foram divididos em gerações apenas didaticamente para sinalizar o momento histórico.

Os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração (os quais o

presente trabalho ateve-se, especificamente, aos dois primeiros), segundo entendimento do autor Alexandre de Moraes (2013, pg. 39), podem ser definidos como:

> O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Ou seja, são todos aqueles direitos inerentes ao ser humano, positivados em um sistema normativo e que buscam garantir o mínimo existencial à população.

Esses direitos fundamentais surgiram em períodos distintos, conforme se fazia necessário, na ideia de que a lei acompanha a dinâmica das sociedades, os seus avanços sociais, tecnológicos, econômicos e culturais. Entretanto, segundo Bonavides (2006) as três gerações sucessivas se traduzem em um processo cumulativo e quantitativo, ou seja, a inserção de uma nova geração não extingue a anterior, uma vez que os direitos se complementam, jamais se excluem.

Os direitos da primeira geração, ou direitos de liberdade, surgiram no final dos séculos XVIII, tendo como marco as revoluções que ocorreram nessa época. Foram os primeiros reconhecidos pelos textos constitucionais, compreendendo como elemento principal a ideia clássica de liberdade individual, concentrada nos direitos civis e políticos inerentes ao ser humano e oponíveis ao Estado, visto na época como grande opressor das liberdades individuais, por isso possuem um caráter negativo, por exigir uma abstenção do Estado. Incluem-se nessa geração o direito à vida, segurança, justiça, propriedade privada, liberdade de pensamento, voto, expressão, crença, locomoção, entre outros.

Quanto aos direitos da segunda geração ou direitos de igualdade, esses surgiram após a Primeira Guerra Mundial. Tendo em vista o momento pós-guerra de fome e miséria vivido por muitas cidades e países. Por volta do ano de 1880, nasce a ideia do Estado de bem-estar social. Na época o Estado passou a tomar para si o dever de ofertar ao seu povo condições mínimas nas áreas de saúde, educação, habitação, seguridade social, entre outras. Além disso, o Estado passava a ter o poder de, em momentos de crise e desemprego, intervir na economia para uma manutenção da renda e dos trabalhadores prejudicados (PORFÍRIO, 20--?).

Essa classe de direitos são os chamados direitos econômicos, sociais e culturais e

deviam ser prestados a partir de uma ação direta do Estado - diferentemente dos direitos de primeira geração - através da ideia de um Estado Garantidor. Luigi Ferrajoli, em entrevista concedida no ano de 1997, na Universidad Carlo III de Madrid afirmou que "A palavra garantismo é nova no léxico jurídico. Ela foi introduzida na Itália, nos anos 70, no âmbito do direito penal. Todavia, acredito que possa ser estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o garantismo é sinônimo de Estado Constitucional de Direito". Ou seja, um Estado garantidor busca efetivar os direitos fundamentais oponíveis a todas as pessoas, não cabe uma abstenção do Estado, mas uma ação para concretizar esses direitos, já presentes na Constituição, na sociedade. Também fala Cademartori (1997) que o garantismo é a defesa e o suporte das liberdades e direitos que surgem na tentativa de garantir, de fato, algo para a população

O garantismo, como teoria geral do direito, tem como base as garantias constitucionais, as quais impõem uma série de limites e vinculações a todos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – com o objetivo de efetivar os direitos e princípios constitucionais, avançando para além dos direitos de liberdade, no sentido de impor um dever prestacional de efetivação de direitos sociais, nesse contexto, passou-se a ter uma cobrança sobre o Estado, para que fosse garantido o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, repouso, habitação, saneamento, greve, livre associação sindical, entre outros.

Com isso, após a Segunda Guerra mundial, em meio à crescente tensão e conflitos sociais, em um período que propugnava a não-intervenção do Estado nas atividades, principalmente produtivas, alguns países começaram a adotar a ideia do Estado de bem-estar social, na tentativa de mudar o cenário vivenciado e por meio deste acabaram por recuperar o vigor e a capacidade de expansão dos países capitalistas após a tensão social, econômica e política do período entre guerras.

No Brasil, esse fenômeno começou ainda no tempo do império, como ensina Paulo Bonavides em Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. O projeto constituinte de 1823, no Título XIII dispunha: Da instrução pública, estabelecimentos de caridade, casas de correção e trabalho.

O art. 250 continha o seguinte: "Haverá no Império escolas primárias em cada termo, ginásios em cada comarca e universidades nos mais apropriados locais". Nesse texto fica clara a tendência protetora do imperador para com a população, da mesma

forma em 1824, quando o Imperador D. Pedro I outorgou uma nova constituição: "o germe das regras sociais no art. 179, afiançando que a Constituição também garante os socorros públicos, que a instrução primária é gratuita, que em colégios e universidades serão ensinados elementos das ciências, belas-letras e artes." (BONAVIDES, 2008, p.200).

Durante a história do Brasil o intervencionismo estatal foi se fortificando, até que na feitura da nossa atual Constituição Federal, em 1988, que tinha por objetivo constituir a República Federativa do Brasil em Estado Democrático e Social de Direito, tomou como base princípios que garantem a concretização dos direitos fundamentais. Essa característica fica evidenciada logo no início do texto constitucional, em seu Preâmbulo, quando fala que o Estado Democrático de Direito se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (BRASIL, 1988). Mas ao olharmos para a sociedade e principalmente para as favelas e comunidades, vemos uma realidade diversa da trazida pela Constituição de 1988.

A pesquisa do coletivo movimentos (2021) aponta que 69% dos moradores dessas comunidades presenciaram ou souberam de operações policiais nas favelas do Complexo da Maré, Cidade de Deus e Complexo do Alemão durante a pandemia, mesmo com a decisão do Supremo Tribunal Federal de proibir operações policiais em favelas enquanto durar a pandemia. E não apenas isso, mas a mesma pesquisa destacou que 63% dos moradores dessas comunidades ficaram sem água no período mais crítico da pandemia, além da falta de infraestrutura, mais visível ainda em períodos assim, como o da pandemia do COVID-19.

Mediante o exposto, é possível inferir que o que se lê na Constituição Federal de 1988, em suas cláusulas pétreas, e tantos outros artigos soa como utopia ao comparar com a realidade. Pois, ultimamente, o que mais se tem visto na mídia são operações policiais violentas, que ceifam vidas inocentes e até culpados sem dar a eles a oportunidade de uma ampla defesa e contraditório.

## 3 UMA BREVE HISTÓRIA DAS FAVELAS BRASILEIRAS

Inicialmente, é importante destacar que o conceito do termo "favela" diz respeito a toda e qualquer ocupação irregular de terrenos públicos ou privados ou em

áreas que não são recomendadas para a moradia, como por exemplo os morros. Nesses lugares, geralmente, não se possuem condições mínimas de infraestrutura, saneamento, esgoto, coleta de lixo, acesso à saúde de qualidade, segurança, entre outros serviços públicos, ademais, muitas das pessoas que lá vivem não têm a posse legal dos terrenos onde construíram suas casas.

Em termos urbanísticos, as favelas se caracterizam por uma alta densidade populacional – com aumento de mais de 60% entre 1991 e 2010 –, é composto por habitações precárias e insuficiente oferta de serviços públicos, como abastecimento de água e coleta de lixo, entre outras precariedades (IBGE, 2018). Para entendermos melhor a razão dessas condições precárias é importante analisarmos como se deu o surgimento das favelas, pois o cenário e as condições da época refletem até os dias de hoje para essa população tão marginalizada.

O processo de surgimento das favelas recebe o nome de favelização, no Brasil a origem das favelas se inicia no período da abolição da escravatura, quando os ex-escravos saíram das fazendas de engenhos, sem ter para onde ir e acabaram se alocando em morros e bairros periféricos, construindo casas, barracos, tendas com os materiais que conseguiam. Esse fenômeno se acentua ao longo do século XX, a partir do processo acelerado de urbanização pelo qual o país passou, com a concentração de serviços e atividades econômicas em determinadas cidades e em paralelo, o campo também estava sofrendo modificações através da sua mecanização, o que acarretou um outro fenômeno chamado de êxodo rural. Essa informação é corroborada na perspectiva de Medina (1964), onde o autor afirma que as duas principais causas para o surgimento das favelas foram a abolição da escravatura e a crise na agricultura.

A teoria de surgimento mais aceita é explicada por Valladares (2000) onde afirma-se que o primeiro lugar ocupado foi o Morro da Favella. Onde a existência de casas feitas de materiais reaproveitados, construídas de forma desalinhada por pessoas consideradas pobres e não proprietárias legítimas da terra que ocupavam, logo, se tornou uma questão pública. O nome próprio do morro ocupado de forma pioneira se tornou um substantivo comum, correspondente a um tipo de lugar que carregaria essas mesmas características.

Corroborando com isso, Queiroz (2011), define que o surgimento das favelas está associado à rápida expansão populacional e ao déficit habitacional do Rio de Janeiro, no final do século XIX.

O fenômeno do êxodo rural, citado mais acima, se deu quando o campo começou a substituir a mão de obra humana por máquinas, deixando muitas pessoas sem emprego e sem meios para viver. Ao mesmo tempo acontecia a industrialização das cidades, assim, em busca de oportunidades, muitas pessoas começaram a migrar para as cidades e ao chegarem lá encontram novos desafios, em função da ausência de renda familiar necessária para garantir as mínimas condições de vida em outro lugar e a falta de apoio para se desenvolver naquela região, acabaram "invadindo" espaços e construindo casas improvisadas, em locais de riscos, como morros altos e encostas, que, durante as chuvas, podem sofrer com deslizamentos de terra, gerando um extremo risco a vida humana.

De acordo com o IBGE (2010), as favelas são representadas pelos aglomerados de domicílios subnormais. Continuando a essa definição, é exposto, também, como um Aglomerado Subnormal como sendo uma forma de ocupação irregular de terrenos de propriedade alheia – públicos ou privados – para fins de habitação em áreas urbanas e, em geral, caracterizados por um padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos essenciais e localização em áreas com restrição à ocupação. No Brasil, esses assentamentos irregulares são conhecidos por diversos nomes como favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidade.

Com isso, fica claro que a precarização das favelas vem desde o seu nascimento, embora com os avanços tecnológicos e intelectuais diversos governos tiveram a oportunidade de fazer mais por essa população e não o fizeram, na verdade o Estado aparenta se afastar. Vale ressaltar que não podemos reduzir e estereotipar as favelas ao entendimento de ser um espaço apenas com violência e criminalidade ou que habitam neste lugar apenas por necessidade, mas muitas pessoas se identificam com esses lugares, optando até por utilizar o termo "comunidade" para referir-se à favela, como uma forma de evidenciar o pertencimento.

No entanto, na perspectiva de boa parte da sociedade a favela é vista como um ambiente onde nasce toda essa criminalidade e violência, de acordo com Machado (2010) as favelas foram consideradas como o principal lócus de produção da violência urbana. E para conter o avanço de toda essa violência que acontecia nesses locais, foi instaurado as Unidades de Polícias Pacificadoras (UPPs) em meados de 2008 para ser a ação do Estado na busca de prover a segurança públicanesses lugares.

A primeira UPP foi instalada na favela de Santa Marta, no Rio de Janeiro, em

19 de novembro de 2008. A atuação do estado nessas localidades ainda divide opiniões, uma vez que em alguns momentos auxilia na diminuição da criminalidade, por outro lado, as operações feitas contribuem para a perda da vida de vários civis inocentes que são vítimas em meio a troca de tiros.

## 4 A ATUAÇÃO DO ESTADO SOBRE AS FAVELAS

Ao olhar para as cidades, sejam elas grandes, pequenas, metrópoles, entre outras, é muito nítida a diferença de infraestrutura, de acesso a oportunidades e de provimento de serviços básicos para a sociedade, pois isso é modificado de acordo com as classes sociais dentro de espaços definidos. Algumas grandes cidades até buscam esconder essa realidade, como foi o caso das favelas do Rio de Janeiro no ano de 2014 com a Copa do Mundo, em que foi colocado painéis nos muros que separam o Conjunto de Favelas da Maré e a Linha vermelha no caminho para o aeroporto, gerando muitas opiniões divergentes sobre esta problemática. No entanto, o secretário de turismo da época, Antônio Pedro Figueira de Mello, defendia que a função dos painéis não era essa, segundo o secretário, a função dos painéis adesivados, que faziam alusão aos jogos, seria apenas para embelezar a cidade e em corroborando com essa perspectiva, ele continua afirmando que:

> Assim que começamos esse trabalho, eu já esperei por essa história de esconder a favela. Só que não existe isso, até por ser impossível esconder algo tão grande, ainda mais no Rio, que tem tantas favelas. Tanto que em alguns pontos não há adesivos e as favelas podem ser vista, argumenta Mello, usando uma expressão em inglês para explicar a iniciativa: "A única intenção é realmente cuidar do *look of the city* [o visual da cidade]." (FERREIRA, 2016).

Mas mesmo com essas afirmações, a instauração dos painéis levantaram muitos questionamentos, já que estes não trazem nenhum benefício para a comunidade, mas tinham apenas a função de “esconder” a realidade local para os turistas que visitavam a cidade para os jogos.

> O jornalismo está chamando de “envelopamento da cidade”. Ao custo de R $750 mil, a prefeitura do Rio de Janeiro tentará deixar a cidade mais bonita instalando adesivos, bandeiras e painéis e ocultando os problemas não resolvidos no município. Na Linha Vermelha, via de acesso ao aeroporto internacional, pode onde passarão turistas e atletas de todo o mundo, já

> adesivaram o "painel acústico". (NOVO DIA NOTÍCIAS, 2016)

Com isso, é possível inferir que existem mais do que a função de embelezamento da cidade, mas também ocultar os reais problemas das áreas periféricas enquanto valorizam diversas outras áreas onde a classe social é superior, como pode-se verificar na perspectiva abaixo:

> Nas grandes cidades hoje, é fácil identificar territórios diferenciados: ali é o bairro das mansões e palacetes, acolá o centro de negócios, adiante o bairro boêmio onde rola a vida noturna, mais à frente o distrito industrial, ou ainda o bairro proletário. Assim, quando alguém, referindo-se ao Rio de Janeiro, fala em Zona Sul ou Baixada Fluminense, sabemos que se trata de dois Rios de Janeiro bastante diferentes [...]. Podemos dizer que hoje nossas cidades têm sua zona sul e sua baixada [...]. É como se a cidade fosse um imenso quebra-cabeça, feito de peças diferenciadas [...] (ROLNIK,1995, p. 42)

Como expresso no trecho acima, retirado do livro "O que é cidade" de Raquel Rolnik, é possível afirmar que zonas mais pobres são marcadas pela infraestrutura precária, já bairros ocupados por classes mais altas são compostos por condomínios de luxo, segurança e diversos espaços de lazer. Além dos territórios específicos e separados para cada grupo social, a segregação é visível e reiterada pelos próprios agentes da administração desses locais. Como complementa Rolnik (1995, p. 42), "existem, por exemplo, setores da cidade onde o lixo é recolhido duas ou mais vezes por dia; outros, uma vez por semana; outros, ainda, onde o lixo, ao invés de recolhido, é despejado". O poder público tem sido um forte elemento produtor dessa segregação.

Além dos problemas supracitados, a violência é também uma forte marca causada pela omissão do Estado em muitos desses lugares. De acordo com Leite e Silva (2007) em seu artigo sobre violência e crime nas favelas são abordados trechos de conversas com os próprios moradores das favelas sobre a situação de violência a qual se encontram, onde relatam:

> "Viver na favela é viver em linha de risco direto, é você ser alvo voluntário, um alvo constante. …"
> "A vida que a gente vive no cotidiano de violência, violência física, violência moral, violência em todos os sentidos."
> "Você manda o garoto comprar o pão e fica pedindo a Deus para ele voltar em segurança. Ele só foi ali comprar um pão!" (LEITE e SILVA, 2007)

Isso demonstra a vulnerabilidade social a qual os moradores desses espaços se encontram, e não se trata de pequenas áreas isoladas das cidades, mas grandes

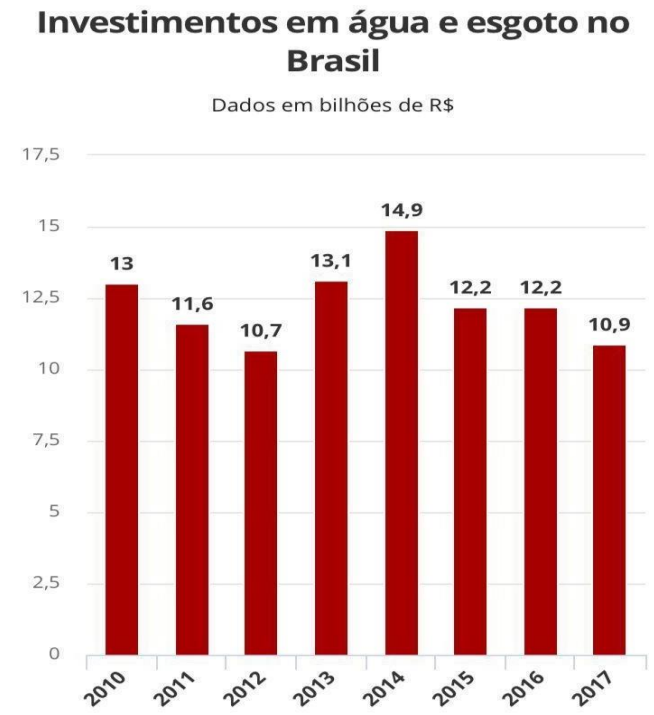
espaços com uma densidade populacional extremamente significativa. Como mencionado no capítulo anterior, o Estado estava se fazendo presente através das UPPs com o intuito de levar mais segurança para a população que vive nas favelas, além de um braço social que possuía, buscando levar infraestrutura também. Sob o governo de Sérgio Cabral, foram inauguradas 37 UPPs no período de dezembro de 2008 a abril de 2014, entretanto, anos depois da inauguração da última UPP uma crise econômica vivida na época fez com que o processo de pacificação parasse de avançar. Todavia, a ideia das UPPs serviu para mostrar que existem outras formas de se tentar combater o tráfico e a violência sem ser por meio de mais violência e mortes.

Embora seja a favela um dos espaços mais populosos, possuindo aproximadamente 5,12 milhões de domicílios ocupados em favelas ou áreas análogas (IBGE, 2019) - se fossem um estado seriam o quinto com mais habitantes, ficando atrás só de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Bahia (BARROCAL, 2020) - mesmo assim, comportando tantas pessoas, não possui garantia de regularização, a água não é tratada, o lixo não é recolhido, há, muitas vezes, ligações clandestinas que contaminam a água causando diversas doenças, se vê esgotos a céu aberto em frente as casas, permitindo o contato direto de crianças, adultos e animais.

> Apesar do Brasil ser signatário dos Objetivos para Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, onde se comprometeu em 2015 a universalizar o saneamento básico do país para todos os brasileiros até 2030, e pelo Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB) onde este compromisso precisa ser feito até 2033, estamos muito longe de atingir esses objetivos. (MOURA, 2020).

O Brasil se comprometeu a desenvolver mecanismos de enfrentamento a essa realidade, tendo apenas 9 anos para cumprir os compromissos firmados na Organização das Nações Unidas (ONU) por meio dos Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), entretanto, ao longo dos anos a situação não tem obtido bons resultados. Nos gráficos a seguir podemos ter uma visão dos últimos anos sobre os investimentos, em dinheiro, nessa seara:

**Figura 1** - Investimento em esgoto no Brasil




Fonte: Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)

Por meio de dados, é possível comprovar que o investimento em infraestrutura básica, como é o caso do saneamento básico, ainda é muito pequeno frente à realidade populacional a qual o Brasil se encontra. De acordo com uma pesquisa apresentada por Leandro Martins (2021) 35 milhões de brasileiros não têm acesso à água potável e cerca de 100 milhões não têm serviço de coleta de esgotos no país. Desses, 5 milhões e meio estão nas 100 maiores cidades brasileiras, o equivalente à população da Noruega.

Com isso, é possível inferir, através dos dados abaixo, que dentro das grandes cidades, boa parte da população ainda se encontra sem acesso a serviços básicos, quando se diz respeito a acesso a água potável e tratamento de esgoto essa realidade dentro das favelas é ainda mais aguçada, devido a falta de investimentos gerando aos moradores dessas regiões um sentimento de abandono ainda maior por parte do Estado.

**Figura 2** - Tratamento de esgoto no Brasil

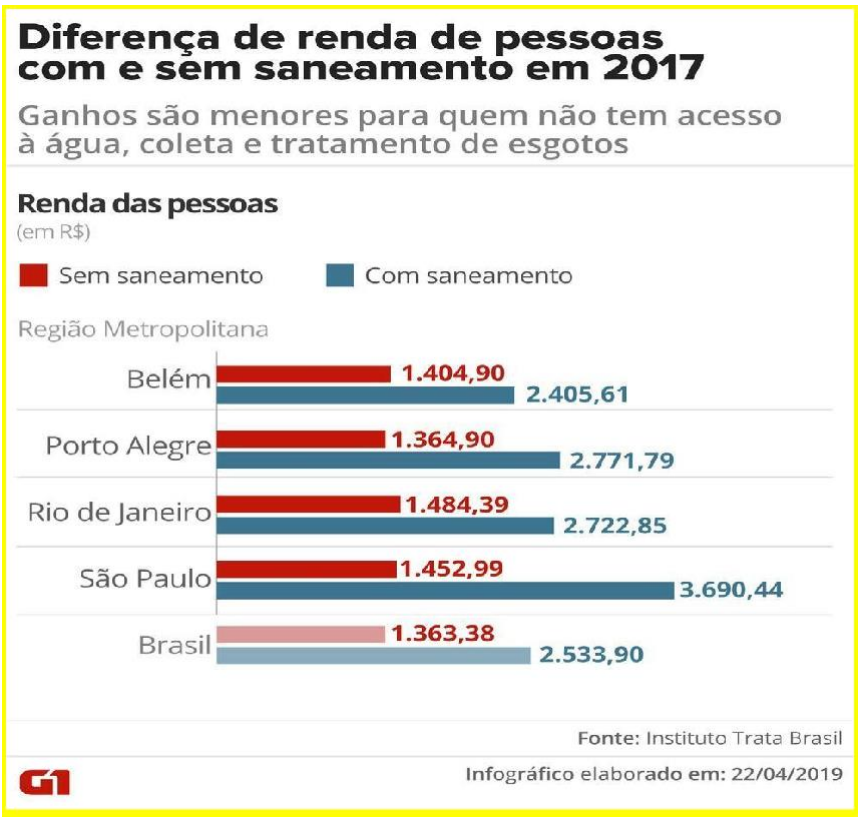



A legislação brasileira trouxe em seu texto constitucional garantias a uma vida digna, mas ao olharmos para a realidade retratada acima vemos tudo, menos dignidade. O distanciamento do Estado como garantidor da ordem e dos direitos deixa brechas para que "outros" ocupem esse espaço, como por exemplo facções criminosas, ONGs e igrejas. Essas instituições possuem forte impacto dentro das favelas, sendo responsável, muitas vezes, pela própria alimentação de famílias que vivem lá, levando assistência de saúde e até assistência profissionalizante. Nas palavras do

empresário Edu Lyra, criador da ONG Gerando Falcões, "A favela é auto-gerenciada. Na sua maioria, o estado não está lá dentro. Ela tem um outro código e uma outra governança. A ausência do estado cria muitos problemas[...]" (RODA VIVA, 2021).

É importante ressaltar que a falta de infraestrutura nas favelas não afeta somente a saúde de seus moradores, mas afeta inclusive sua renda, como evidencia o gráfico abaixo:

Figura 3 - Diferença de renda entre pessoas com e sem saneamento




Se o Estado se ausenta, aparece alguém para ocupar seu papel, muitas vezes levando a paz e assistência que precisam, mas outras vezes aparecem grupos que levam violência e tráfico de drogas, como no caso das facções criminosas, o que tem sido bastante comum e na maioria das vezes a própria população os protege, pois mesmo com a violência eles garantem a ordem do lugar e prestam assistência a quem precisa. Constroem uma amizade com a população que acaba por defendê-los do próprio Estado, quando enviam suas forças policiais.

No entanto, chega um momento em que o Estado precisa atuar, geralmente quando o tráfico e a violência já tem tomado de conta, promovendo as operações

policiais. Contudo, essas operações funcionam apenas como uma medida paliativa, tendo em vista que são raros os casos em que após uma operação as coisas se "ajeitam", o comum de acontecer é mais revolta dos moradores para com o estado ausente, mais violência e novos grupos surgindo.

Segundo dados de uma pesquisa elaborada pela Universidade Federal Fluminense (UFF), as operações policiais nas favelas cariocas na Região Metropolitana do Rio têm apenas 1,7% de eficiência e não apenas isso, mas é, relatado também, que as operações tocadas pela polícia de 2007 até o final de 2020 não cumpriram os requisitos impostos, somando 85% nas categorias desastrosas, ineficientes ou pouco eficientes. Com isso, é possível inferir que além da falta de investimento em infraestrutura básica nesses locais, existe um descaso significativo com a garantia dessa segurança para os residentes, tendo como resultado cerca de 800 mortes em um período de um ano (G1 notícias, 2021).

## 4.1 OPERAÇÃO NO JACAREZINHO

No dia 6 de maio de 2021, antes das seis horas da manhã, entraram por todos os lados da favela do Jacarezinho, localizada no Rio de Janeiro, cerca de 200 policiais armados. Antes do confronto começar um dos policiais que estava desmontando uma barricada colocada pelos traficantes, levou um tiro e faleceu imediatamente, logo em seguida o caos se instaurou.

> Fogo intenso com fuzis, rajadas dos helicópteros, granadas e quase 40.000 moradores transformados, novamente, em reféns. Agachados em um canto de suas casas, implorando a Deus e acompanhando as notícias pelo celular e WhatsApp. Joice Pereira, de 42 anos, contou na terça-feira que se escondeu com seus oito filhos no banheiro durante horas. O lugar mais seguro do casebre de paredes de papelão que está em um dos becos cenário do espetacular tiroteio. (GORTÁZAR, El País, 2021)

Famílias relatam ter recebido mensagens e vídeos dos suspeitos dizendo que iriam se entregar, mas pouco tempo depois se descobriu que foram mortos. Muitos afirmam que nessas operações a polícia não entra com o intuito de capturar suspeitos, mas para matá-los, inclusive entram mascarados e não usam seus nomes nos uniformes para não serem identificados.

> Justamente o que os familiares de algumas vítimas contaram na segunda-feira à Defensoria Pública, segundo o presidente da associação de moradores, Leonardo Pimentel, de 34 anos, tratado como um prefeito nessas vielas. "Contaram que receberam vídeos das pessoas que morreram dizendo 'estou vivo, vou me entregar. Olha, estou em uma casa, não consegui chegar na nossa casa...'." (GORTÁZAR, El País, 2021)

Os relatos são extremamente fortes e mostram, de maneira clara, a intenção do Estado ao entrar com forças policiais dentro dessas localidades:

> Quando a operação terminou sete horas depois do primeiro falecidos, havia mortos jogados nos becos e quartos em vários pontos da favela. As fotos e vídeos dos cadáveres que circulam por WhatsApp mostram vários com tiros na cabeça. E um sentado em uma cadeira, com um dedo na boca. A maioria, de shorts e chinelos. A polícia levou os cadáveres ao hospital, embrulhados em lençóis, alterando as cenas das mortes. Outra rotina. Diante das denúncias de execuções extrajudiciais e a destruição de provas, a ONU pediu imediatamente uma investigação independente. A Promotoria já investiga as denúncias.
> O ativista Louback faz uma bateria de perguntas: "Eram necessárias tantas mortes? Quais são os protocolos da polícia? Foram aplicados? E onde estão as outras políticas públicas, a cultura, o lazer... Porque a única política pública que chega (à favela) é a do confronto." (GORTÁZAR, El País, 2021)

As pessoas vivem em constante alerta, temendo por suas vidas, desenvolvendo mecanismos para saber se podem sair de casa ou se está acontecendo algum confronto policial por perto, enquanto na nossa Constituição existe a previsão do direito de ir e vir, da inviolabilidade domiciliar, contudo, esses direitos não são nem de longe gozados pela favela.[4]

> A brutalidade policial é endêmica. Das 47.000 mortes violentas de 2019, 13% ocorreram durante intervenções policiais, segundo o anuário mais recente do Fórum Brasileiro de Segurança. E o Rio se destaca como o lugar mais letal aos suspeitos. O fogo cruzado é tão frequente que o Fogo Cruzado, um aplicativo de celular, alerta qualquer um em tempo real. (GORTÁZAR, El País, 2021)

> É um dos pesadelos familiares nas favelas. Fernanda, de 42 anos, conta que cada vez que começa uma operação policial ela corre para casa para ficar com seus filhos. O menino é quem mais preocupa esta mulher que escolhe esse nome para se proteger. "Tenho muito medo de deixá-lo sozinho em casa porque, com 15 anos, é muito corpulento". Quando se é brasileiro jovem, negro e pobre, a suspeita dispara. (GORTÁZAR, El País, 2021)

[4] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Segundo o Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos da Universidade Federal Fluminense (Geni-UFF-2021), a operação policial foi a mais letal da história do Rio de Janeiro, com o saldo de 28 mortos, entre policial e civis, e com esse número acaba por superar as seguintes operações, que até então tinham sido as mais letais registradas no estado do Rio de Janeiro: Vila Operária em Duque de Caxias com 23 mortes em janeiro de 1998; Alemão somando 19 mortos em junho de 2007 e Senador Camará com 15 mortes em janeiro de 2003.

De acordo com o Jornal o Globo, desde 1998, a polícia matou uma pessoa a cada 10 horas no Estado do Rio de Janeiro. Esses são dados alarmantes, tendo em vista que os moradores dessas comunidades vivem em contínuo medo, temendo pela própria vida.

Diante da constante falta de segurança e proteção às favelas e em virtude dos inúmeros relatos de violência policial por meio das operações, em novembro de 2019, o partido PSB moveu Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal solicitando que se promovesse medidas de proteção aos direitos humanos e reduzisse a letalidade, vetando operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro durante a pandemia do COVID-19. Conforme reportagem do UOL (2021) do início de abril, a proibição pelo STF às operações em favelas reduziu em 34% o número de mortes por agentes de segurança na região metropolitana do Rio de Janeiro em 2020. Foi a primeira queda registrada desde 2013. A medida ajuizada pelo partido PSB discutia a letalidade das forças policiais do Rio de Janeiro e questionava a política de segurança pública do governador Wilson Witzel, que, segundo a legenda, estimula o conflito armado e "expõe os moradores de áreas conflagradas a profundas violações de seus direitos fundamentais". (MIGALHAS, 2020).

Desse modo, em 5 de junho de 2020, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 - também conhecida como ADPF das favelas - movida pelo partido, apresentou a medida ao plenário do STF o qual referendou a determinação de Fachin suspendendo a realização de incursões policiais em comunidades do Estado do Rio de Janeiro enquanto perdurasse o estado de calamidade pública decorrente da pandemia. A decisão trouxe como critério para a liberação dessas operações somente casos excepcionais e sendo necessário a informação ao Ministério Público e o acompanhamento pelo mesmo, sob pena de responsabilização civil e criminal.

> DECISÃO: Trata-se de pedido de medida cautelar formulado pelo Partido requerente desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de que sejam concedidas monocraticamente todas as medidas cautelares deferidas no voto já proferido por ocasião da submissão do julgamento da medida cautelar ao Plenário Virtual, assim como a concessão da ordem para: (i) que não se realizem operações policiais em comunidades durante a epidemia do COVID-19, a não ser em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária. (STF, 2020)

Ainda sobre a decisão emitida pelo STF, visando a garantia aos direitos fundamentais presentes na constituição, o texto infra citado deixa claro a necessidade de que seja apresentado um plano com a redução da letalidade nas ações policiais dentro das favelas cariocas. Além de deixar evidente a necessidade de mais informações, principalmente sobre a utilização de armas de fogo nessas ações.

> DECISÃO: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que acolhia os embargos de declaração para: 1. Deferir o pedido de medida cautelar constante do item "a" da petição inicial, a fim de determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos recursos necessários para a sua implementação; 2. Determinar que até que o plano mais abrangente seja elaborado, que o emprego e a fiscalização da legalidade do uso da força sejam feitos à luz dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, com todos os desdobramentos daí derivados, em especial, em relação à excepcionalidade da realização de operações policiais. (STF,2020)

Um outro ponto trazido pela ADPF, além da discussão sobre garantir, antes de tudo, o direito à vida, traz também a discussão acerca da violação ao direito à informação. De acordo com o partido, o qual ajuizou a medida, os relatórios policiais deixavam a desejar em muitos aspectos, o que estaria gerando incertezas sobre a eficácia dessas operações.

> Os requerentes alegam, inicialmente, haver fato novo, consiste na imposição de sigilo generalizado ao conjunto de informações atinentes às operações policiais realizadas e às investigações em curso. Defendem que a imposição

> de sigilo é "um claro e absurdo desvirtuamento de princípios constitucionais que consagram o direito à informação (art. 5º, XIV e XXXIII), e impõem a transparência dos atos da Administração Público (art. 37, caput)" (eDOC 417, p. 4). Segundo os requerentes, há inequívoca relação entre a imposição de sigilo e a decisão proferida nesta ADPF [...]
> [...] Nesse regime, os graves problemas sociais – como os denunciados na ADPF n° 635 – devem ser enfrentados com transparência, a ser garantida não apenas para os atores deste processo, mas para toda a sociedade. Sem a devida transparência, não é possível exercer controle sobre as autoridades públicas, e é isso que este eg. STF, na qualidade de guardião da Constituição, deve evitar. (STF, 2020)

Dessa forma, a ADPF 635 buscou combater as práticas de violação dos direitos básicos, tendo em vista a difícil situação já enfrentada da pandemia e todos os riscos e miséria que ela trouxe. A garantia ao acesso à informação, de maneira muito específica, tem repercussão na proteção de tantos outros direitos essenciais, inclusive o direito à vida.

> [...] O direito de acesso à informação visa a assegurar a possibilidade de controle robusto do Poder Público por meio não só das instituições estatais, como também da sociedade civil e dos órgãos de imprensa. Muitas vezes, os abusos cometidos por autoridades públicas são desvelados por esses atores sociais, que, portanto, têm o direito de ter acesso a todos os dados que dizem respeito à atuação do Estado, especialmente em campo tão delicado quanto a segurança pública, que lida com valores de altíssima relevância jurídica, como a vida, a incolumidade física e a liberdade [...]. (STF, 2020)

É, no mínimo, preocupante ver que a Constituição Federal sozinha não está tendo força normativa suficiente e nem sendo respeitada pelos próprios agentes públicos. O Ministro precisou reiterar o que já está previsto em lei desde 1988, a garantia do direito à vida e mesmo assim não foi respeitada, resultando nos 28 mortos e centenas de traumas causados aos moradores do Jacarezinho. Além de que, fica evidente a necessidade de mais informações serem divulgadas sobre o procedimento destas operações, uma vez que, a letalidade cresce de forma significativa e a sociedade precisa ter conhecimento sobre a condução desses tipos de ações dentro das favelas.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto por todo o trabalho, dos dados mostrados acerca do número de mortes após operações policiais, dos relatos dos moradores, dos dados coletados que evidenciam a falta da garantia dos serviços básicos e essenciais e dos

comparativos feitos entre a previsão constitucional e a verdadeira realidade, fica concluído que há uma visível falta de suporte por parte do Estado, na condição de Estado Democrático de Direito, para se garantir os direitos da população como um todo, mas mais ainda, para garantir os direitos dos moradores das favelas, principalmente no que diz respeito a infraestrutura básica, como acesso a saneamento, educação, saúde, segurança e como exposto nos dados e relatos, o próprio direito à vida.

Esses moradores enfrentam violações diárias, das mais danosas, as quais, em sua maioria, são justificadas pela falsa ideia e pelo pré conceito difundido na sociedade de que nas favelas só há "bandido" e por isso não deveriam merecer assistência. Por meio de dados estatísticos é facilmente possível inferir que um grande percentual de mortes em virtude de ações policiais que ocorrem nas favelas poderiam ter sido evitadas se o poder público optasse por outros mecanismos de intervenção, como por exemplo investindo em escolas de qualidade para que as crianças não fossem expostas ao crime, espaços de lazer, capacitação para o mercado de trabalho, com o intuito de tornar essas localidades um ambiente de oportunidades e digno de se viver.

As operações policiais, quando regadas de violência, são completamente desastrosas para toda a comunidade, até porque as maiores vítimas de tal violência são civis inocentes. O saldo dessas operações é o medo e a revolta dos moradores para com o Estado Democrático de Direito, que dissemina uma falsa impressão de proteção, optando por medidas paliativas - como o caso das operações policiais violentas - na intenção de acabar com o crime organizado.

É incabível aceitar que a realidade das pessoas das favelas precise ser de educar os seus filhos desde cedo sobre o que fazer quando se começa um confronto policial perto de casa, ensinar para eles que devem estar sempre vigilantes, para ter cuidado com as "balas perdidas", ensinar que eles não devem correr ou fazer movimentos bruscos próximo a um policial, porque a qualquer momento podem vir a se tornar mais uma vítima do despreparo desses agentes e da negligência do Estado Democrático de Direito nessas zonas de "guerra".

Com isso, é preciso desenvolver mais pesquisas acerca do tema, falar sobre isso e investigar mais a fundo a efetivação e a presença do Estado Democrático de Direito dentro das favelas brasileiras. É necessário se falar sobre o que tem acontecido dentro

das favelas, mesmo muitas vezes sendo uma realidade tão distante da vida de muitos, mas que sempre irá nos afetar de alguma forma, seja com a comoção de mais vidas perdidas ou seja no aumento da violência, nos gerando insegurança. Portanto, conclui-se que existe uma gritante ausência da face garantidora de direitos do Estado Democrático de Direito dentro das favelas brasileiras, região que se tornou ambiente de guerra em muitos estados brasileiros, precisamente no Rio de Janeiro, em que diversas favelas são noticiadas como alvo de muitas mortes em virtude de violência policial, como foi o caso da Favela do Jacarezinho.

## REFERÊNCIAS

A PREFEITURA do Rio vai ocultar favelas com painéis gigantes durante os Jogos Olímpicos. 2016. Novo Dia Notícias. Disponível em: https://novodianoticias.com.br/2016/07/prefeitura-do-rio-vai-ocultar-favelas-com-paineis-gigantes-durante-os-jogos-olimpicos/?amp_markup=1. Acesso em: 07 nov.2021.

BARACHO, Gabriel Sivieri. **Neoconstitucionalismo**: análise histórica. Análise histórica. 2014. Disponível em: https://gabrielbaracho.jusbrasil.com.br/artigos/177762456/neoconstitucionalismo-analise-historica. Acesso em: 20 set. 2021.

BARROCAL, André. **"Se tem um lugar no Brasil onde o Estado mínimo existe, éa favela"**. 2020. Carta Capital. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/se-tem-um-lugar-no-brasil-onde-o-estado- minimo-existe-e-a-favela/. Acesso em: 03 nov. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635. Requerente: Partido Socialista Brasileiro - PSB. Relator: Minístro Edson Fachin. Rio de Janeiro, RJ, 05 de agosto de 2020. **Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro**. Estado do Rio de Janeiro, 05 ago. 2020. p. 1-66. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312998&prcID=5816502. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adpf nº 635. Relator: Minístro Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de junho de 2020. **Supremo Tribunal Federal -**: Tutela provisória incidental na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.. Rio de Janeiro, 09 jun. 2020. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861419742/tutela-provisoria-

incidental-na-medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-mc-tpi-adpf-635-rj-rio-de-janeiro-0033465-4720191000000. Acesso em: 10 nov. 2021.

CARVALHO, Bárbara; CIMIERI, Fabiana. **Favelas do RJ têm quase 800 mortosem ações policiais desde que STF mandou restringir operações**. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/04/05/favelas-do-rj-tem-quase-800-mortos-em-acoes-policiais-desde-que-stf-mandou-restringir-operacoes.ghtml. Acesso em: 12 out. 2021.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?** 2012. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29835/geracoes-ou-dimensoes- dos-direitos-fundamentais. Acesso em: 19 set. 2021.

FERREIRA, Alessandro. **Muro que separa Linha Vermelha de favela ganha painéis da Olimpíada**. 2016. Disponível em: http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/olimpiadas/rio2016/noticia/2016/07/muro-que-separa-linha-vermelha-de-favela-ganha-paineis-da-olimpiada.html. Acesso em: 07 nov. 2021.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. **“Não vai embora, vão me matar!”:**: a radiografia da operação que terminou em chacina no jacarezinho. a radiografia da operação que terminou em chacina no Jacarezinho. 2021. El País. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2021-05-13/nao-vai-embora-vao-me-matar-a-radiografia-da-operacao-que-terminou-em-chacina-no-jacarezinho.html. Acesso em: 01 set. 2021.

HIRATA, Daniel *et al*. **Operações policiais e violência letal no Rio de Janeiro:**: os impactos da adpf 635 na defesa da vida. Os impactos da ADPF 635 na defesa da vida. 2021. Disponível em: http://geni.uff.br/wp-content/uploads/sites/357/2021/04/Relatorio-audiencia_balanco_ final_22_03_2021-1.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

IBGE. **Aglomerados Subnormais**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/tipologias-do-territorio/15788-aglomerados-subnormais.html?=&t=o-que-e. Acesso em: 08 nov. 2021.

JACAREZINHO: o que se sabe sobre operação policial que deixou 28 mortos noRio. o que se sabe sobre operação policial que deixou 28 mortos no Rio. 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57015948. Acesso em: 08 nov. 2021.

LÍDER de ONG, Edu Lyra destaca o trabalho das igrejas nas favelas. 2021. DaRedação. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/18192_lider-de-ong-em-comunidades-edu-lyra-destaca-o-trabalho-das-igrejas.html. Acesso em: 19 set. 2021.

MARTINS, Leandro. **Brasil tem 35 milhões de pessoas sem acesso à água potável**. 2021. Radioagência Nacional. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2021-03/saneamento-basico. Acesso em: 08 nov. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOURA, Dani. **A pandemia expõe a precariedade do saneamento básico**. 2020. Maré de Notícias Online. Disponível em: https://mareonline.com.br/a-pandemia-expoe-a-precariedade-do-saneamento-basico/. Acesso em: 05 nov. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. Disponível em: https://docplayer.com.br/180376875-Curso-de-direito-constitucional.html#show_full_t ext. Acesso em: 20 set. 2021.

PORFÍRIO, Francisco. **Estado Democrático de Direito**. 20--?. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/estado-democratico-direito.htm. Acessoem: 05 out. 2021.

QUEIROZ FILHO, Alfredo Pereira de. **Sobre a origens das favelas**. 2010. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/2736/273621468004.pdf. Acesso em: 05out. 2021.

RIBEIRO, Cristiane. **Estudo revela impacto da pandemia em favelas do Rio de Janeiro**. 2021. Radioagência Nacional. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2021-09/estudo-revela-impacto-da-pandemia-em-favelas-do-rio-de-janeiro. Acesso em: 10 nov. 2021.

ROLNIK, Raquel. **O que é a cidade**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

SARTORI, Caio. **Eficiência de ações policiais em favelas do Rio é de 1,7%**. 2021. Terra. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/eficiencia-de-acoes-policiais-em-fave las-do-rio-e-de-17,9c7cc2d05d7074d355549e8e01818f3b28od6rhd.html. Acesso em: 07 nov. 2021.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Revistade Direito Administrativo, 1988. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920. Acesso em: 07 out. 2021.

SILVA, Luiz Antonio Machado da. “VIOLÊNCIA URBANA”, SEGURANÇA PÚBLICA E FAVELAS -: o caso do rio de janeiro atual. **Scielo**, Salvador, v. 23, n. 59, p.283-300, ago. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ccrh/a/GKPh5kRxjqKDHpWjYdPn3pn/?format=pdf&lang=pt.Acesso em: 19 set. 2021.

SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. VIOLÊNCIA, CRIME E POLÍCIA:: o que os favelados dizem quando falam desses temas?. **Scielo**, Brasília,v. 22, p. 545-591, set. 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/j/se/a/bF6jffXLc7dtKTw6QZnmNrs/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 12 set. 2021.

SOUZA, Isabela. **Direitos humanos:**: conheça as três gerações!. conheça as três gerações!. 2017. Disponível em: https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/. Acesso em: 20 set.2021.

STEFANI, Caroline Rossatto; CIGNACHI, Janaina Cristina Battistelo. **A TEORIA GARANTISTA E A FUNÇÃO JUDICIAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2fec3a0cbf3856fb#:~:text=Cumpre%20salientar%20que%20o%20garantismo,e%20que%20o%20satisfaz%20efetivamente. Acesso em: 20 set. 2021.

TRINDADE, André Karam. **Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli**. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli. Acesso em: 20 set. 2021.

VALLADARES, Licia. A GÊNESE DA FAVELA CARIOCA.: a produção anterior às ciências sociais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [*s. l*], v. 15, n. 44, p. 6-34,out. 2000. Scielo. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/pfKy4Gf3jHtVr7XqxLQjRZR/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 19 set. 2021.

VASCONCELOS, Gabriel; ROSAS, Rafael. **Número de domicílios em favelas no Brasil é de 5,12 milhões, informa IBGE**. 2020. Valor. Disponível em: https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/05/19/numero-de-domicilios-em-favelas-n o-brasil-e-de-512-milhoes-informa-ibge.ghtml. Acesso em: 19 set. 2021.

VICENTE, Maximiliano Martin. A crise do Estado de bem-estar social e a globalização:: um balanço. **Scielo**, São Paulo, v. ?, n. 214, p. 1-25, 2009. Editora Unesp. Disponível em: https://books.scielo.org/id/b3rzk/pdf/vicente-9788598605968-08.pdf. Acesso em: 20set. 2021.

# **FAKE NEWS:** ANÁLISE JURÍDICA ELEITORAL PARA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA

Rafael Teixeira Ribeiro Dantas[1]
Abraão Luiz Filgueira Lopes[2]

**RESUMO**

O presente artigo visa contribuir para os estudos a respeito da "fake news" na era da globalização digital e seus os impactos na sociedade, bem como no processo eleitoral democrático. Para tanto, foi aplicado o método de pesquisa dedutivo com o uso do procedimento exploratório, tudo para revelar as repercussões das "fake news" no contexto do acesso à informação e à privacidade, os quais são essenciais para manter o ambiente de higidez informacional nas eleições, até os meios de propagação e as ferramentas de combate a disseminação de notícias falsas. Visando então esclarecer as potencialidades das "fake news", como mecanismos de desinformação, que comprometem o exercício da cidadania e induzem em erro os eleitores, conclui-se que a Justiça Eleitoral deve se adequar tecnicamente frente à exponencial disseminação de notícias falsas, e à sociedade caberá debater medidas de conscientização pelo uso ético da informação.

**Palavras-chave:** Fake news. Globalização digital. Processo eleitoral. Cidadania.

**FAKE NEWS:** ELECTORAL LEGAL ANALYSIS FOR THE CONSOLIDATION OF DEMOCRACY

**ABSTRACT**

This article aims to contribute to studies on "fake news" in the era of digital globalization, and the impacts it produces on society, as well as on the democratic electoral process. Therefore, the deductive research method was applied using the

[1] Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.
[2] Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

exploratory procedure, all to reveal the repercussions of "fake news" in the context of access to information and privacy, which are essential to maintain an environment of informational health in elections, even the means of propagation and the tools to combat the spread of false news. Aiming to clarify the potential of "fake news", as mechanisms of disinformation, which compromise the exercise of citizenship and mislead voters, it is concluded that the Electoral Justice must adapt technically to the exponential dissemination of false news, and to the society will be responsible for debating measures to raise awareness of the ethical use of information.

**Keywords:** Fake news. Digital globalization. Electoral process. Citizenship.

## 1. INTRODUÇÃO

O século XXI, ancorado pela supremacia da revolução digital, é sem dúvidas a era das mentiras em massa, na qual fez surgir uma sociedade interligada por verdades e falácias, proporcionando um espaço de manifestação de pensamento livre, onde qualquer informação pode ser produzida e replicada constantemente.

E, após amplas conquistas constitucionais, frutos da contínua evolução histórica, vemos gradativamente o pilar democrático da livre circulação de ideias e valores serem ameaçados pela desinformação com a divulgação maciça das notícias falsas, a chamada “fake news”.

O que se discute nesse artigo, e o que torna imensurável seus desdobramentos, é a análise social e jurídica de como a disseminação de notícias falsas têm a potencial capacidade de influenciar o resultado de um pleito eleitoral, bem como as decisões governamentais, tornado vulnerável o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, na medida em que as eleições brasileiras de 2022 se aproximam, pode ocorrer um aumento na disseminação dos discursos falsos contra candidatos, principalmente em mídias sociais, canal de comunicação que foi o pilar fundamental das últimas eleições no Brasil.

Quer-se, pois, responder à seguinte problemática: entender como a potencialidade dos mecanismos de desinformação (fake news) afetam e induzem em erro os eleitores, comprometendo a legitimação dos representantes políticos e ameaçando assim o exercício da cidadania.

Para tanto, esse estudo aplica o método de pesquisa dedutivo, em que se utiliza uma estrutura de pensamento lógico que permite testar a validade de informações já existentes, como faz uso também do procedimento de pesquisa exploratório, através de um estudo bibliográfico que é a fonte direta de geração de dados para a problemática exposta.

Assim, se faz necessário entender o tratamento jurídico e quais crimes podem ser atribuídos a uma pessoa que cria e propaga uma "fake news", já que a Constituição Federal de 1988 salvaguarda a liberdade de expressão, mas veda o anonimato; saber quais as políticas em ação no âmbito da Justiça Eleitoral e do Legislativo Federal, de modo a combater o problema da desinformação para que não vire uma cicatriz pública permanente; e por fim, abordar o conceito de cidadania digital no espaço democrático, afim de viabilizar a educação digital de cada eleitor e sua participação em questões de interesse coletivo.

## 2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA

É imprescindível, que as pessoas sejam informadas integralmente sobre fatos ocorridos no país, e que essa informação se perfaça de forma responsável, transmitindo os valores estabelecidos na Carta Constitucional de 1988.

Atingir a dignidade e a integridade de outrem, promovendo discriminação e o discurso de ódio, atenta contra os valores mais nobres do indivíduo, sendo uma ameaça à democracia e aos limites morais e jurídicos da paz social.

Sendo assim, a deliberada divulgação de conteúdos falsos que possui a intenção de obter alguma vantagem, seja financeira, política ou eleitoral configura um ilícito grave. Tal prática, com a dinâmica da internet, em especial, nas mídias sociais, incrementou a publicidade e trouxe ênfase a uma polarização política-eleitoral.

Portanto, a desinformação pode operar por meio de publicidade pública de certo regime político, ou por meio da publicidade privada, por meio de sondagens e estatísticas, filtragem de informações ou estudos supostamente científicos e imparciais, mas pagos por empresas ou instituições econômicas interessadas.

A atuação do Poder Judiciário, ao ponderar a liberdade de expressão e outros princípios, tende a dar maior peso, em cada caso, àquele que assegure de forma mais plena a dignidade da pessoa humana, observando o estabelecido pela norma suprema,

de maneira que sua decisão não obste que a população se informe de maneira plural, sempre responsável e segura, a fim de que se formem cidadãos conscientes.

É preciso ainda, que os outros poderes e a sociedade em geral, de acordo com suas respectivas atribuições, prezem também por esses valores, sob pena de enfraquecer a democracia brasileira e tornar ineficaz a mais importante norma do país, condição de validade de todo o ordenamento jurídico.

## 2.1 DESINFORMAÇÃO E DEMOCRACIA ELEITORAL

O debate acerca do combate à desinformação no ambiente digital, faz gerar desafios para a proteção do ambiente democrático, uma vez que a nociva potencialidade da "fake news" induz em erro os eleitores, comprometendo de fato a legitimidade de uma eleição e de seus representantes políticos. Nesse viés situacional, o fenômeno da desinformação, vem sendo apontado[3], na era digital, como uma das principais ameaças aos processos eleitorais. Ou seja, a crescente evolução da internet e a emergência de modelos de negócio baseados na coleta massiva de dados para tratamento e no uso de algoritmos é apontado como um dos importantes motores de transformação social.

Nesse sentido, a capacidade de entregar, com precisão, conteúdos orientados a segmentos específicos de usuários, ampliou as possibilidades de disseminação de notícias falsas, modulando a opinião pública de acordo com interesses privados, produzindo assim efeitos devastadores na sociedade, principalmente em períodos eleitorais.

Portanto, a problemática apresentada faz gerar enormes desafios, e logo é indiscutível o desenvolvimento de ações que possibilitem por um lado garantir direitos fundamentais como a liberdade de expressão, à privacidade e o acesso à informação, e por outro, resgatar o respeito à diversidade de pensamento, tão significante para a democracia.

Nesse contexto, no intuito de contribuir com as discussões em torno da regulação de conteúdos na rede, e as perspectivas de preservar uma sociedade democrática, os governos e as instituições devem se empenhar em construir propostas para combater esse negativo ecossistema informacional.

[3] Relatório da Unesco "Journalism, Fake News and Disinformation" expõe o risco da desinformação.Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265552>.

Atualmente, os problemas gerados pela desinformação no ambiente digital são multifacetados, com características e impactos diferentes em cada região e país. No Brasil, uma pesquisa realizada pela Reuters Institute em 2019 revela que 85% dos brasileiros se preocupam com notícias que leem na internet, por não saberem se são verdadeiras ou falsas, colocando o Brasil como o país em que as pessoas menos confiam na mídia numa lista de 38 países[4].

Assim, esse resultado revela a necessidade de tratar com responsabilidade os problemas da desinformação no país, visto que a desordem informacional é uma das causas desse avanço.

E um indicador que demonstra os impactos na disseminação de desinformação são aqueles ligados às características de acesso à internet.

No Brasil, 76% da população é usuária da rede, sendo que quase a totalidade (97%) tem acesso via telefone celular, sendo esse o único meio de acesso à internet sobretudo nas classes C (61%), D e E (85%)[5]. Nessas classes, o uso da internet se dá essencialmente através do uso de aplicativos específicos, como Facebook, WhatsApp, Instagram e Twitter. Estes acabam se tornando o principal meio de informação e comunicação para essa parcela da população.

Dentro deste cenário, a disseminação de conteúdo enganoso se amplia pela utilização dessas plataformas digitais, como ocorreu em campanhas eleitorais pretéritas com o uso do whatsapp, nas quais foram orquestradas diversas "fake news" para desferir ataques pessoais na internet.

Nesse sentido, ao reconhecer que a internet produz amplos efeitos econômicos, políticos e culturais, percebe-se que já não se pode mais permanecer à margem da desinformação, pois os efeitos nocivos são desastrosos para o ambiente democrático eleitoral e, consequentemente, para toda a sociedade.

Sendo assim, é necessário a criação de sistemas regulatórios, que promovam o bloqueio, a remoção massiva de conteúdos fictícios e a implementação de sistemas de controle que atuem sobre o poderio das plataformas digitais.

Porém, isso passa pela necessidade de revisão de leis e normas eleitorais para garantir que as campanhas políticas respeitem a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de

[4] GRANGER, Jacob. Reuters Digital News Report, 2019. Disponível em: <https://www.abraji.org.br/help-desk/reuters-digital-news-report-2019-aponta-que-a-confianca-na- midia-continua-a-cair>.
[5] CGI.br, 2019. Disponível em: <https://cetic.br/pt/noticia/tres-em-cada-quatro-brasileiros-ja-utilizam-a-internet-aponta-pesquisa-tic-domicilios-2019/>.

2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD); além da regulação dessas plataformas digitais em períodos eleitorais, tomando por base a construção de redes de combate à desinformação nos âmbitos federal, estadual e local.

## 3. TRATAMENTO JURÍDICO DAS "FAKE NEWS" E AÇÕES DOS PODERES

De acordo com o Dicionário de Cambridge, o conceito "fake news" indica histórias falsas que, ao manterem a aparência de notícias jornalísticas, são disseminadas pela internet ou outras mídias, sendo normalmente criadas para influenciar posições políticas, ou como piadas[6]. Assim, por trás da propagação de uma "fake news", existe sempre uma intenção de obter algum tipo de vantagem, seja financeira, política ou eleitoral. Dessa forma, com o avanço das mídias sociais e da desinformação houve um incremento da polarização política-eleitoral, com possibilidades reais de que a prática venha a influenciar indevidamente as eleições de um país.

Nesse sentido, existe algumas consequências civis e criminais para os indivíduos que propagam uma "fake news", sejam elas abarcadas na Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre a Proteção de Dados Pessoais e altera o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014), e dependendo do conteúdo, o criador também poderá incorrer nos crimes contra a honra de calúnia, injúria e difamação tipificados no Código Penal (artigos 138 a 140), cumulados com a majorante do art.141, III do Código Penal, a depender do caso concreto; e também no Código Eleitoral (artigos 324 a 326).

Além disso, com a Lei 13.834/2019, que altera a Lei 4.737 de 15 de julho de 1965, foi criminalizada a denunciação caluniosa com finalidade eleitoral, que abrange a propagação de notícias falsas que prejudiquem adversários políticos. E mais, se for demonstra lesão à moral ou imagem de alguém pode gerar ao indivíduo a obrigação de indenizar por danos morais, como também pode gerar indenização por danos materiais, caso seja provado que as notícias falsas acarretaram prejuízos financeiros.

Contudo, para a Justiça Eleitoral, a informação, para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente nenhuma controvérsia, sendo aquela perceptível de plano. Em suma, não há uma

[6] CAMBRIDGE, Dictionary. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news>.

legislação específica que penalize a "fake news", mas ela pode ser incriminada, de acordo com uma análise sistêmica do caso concreto.

E para os provedores, as consequências são estabelecidas com base no Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014), no qual só poderão ser responsabilizados civilmente pelos danos gerados pela publicação de conteúdo, se desobedecerem a determinação judicial, que determine a retirada do conteúdo.

É bom frisar, que com o Marco Civil da Internet, que ocorreu com a edição da Lei n.º 12.965/14, ficaram estabelecidos garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Segundo a legislação, o artigo 19 traz importante norma referente ao combate e à disseminação de informações falsas:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
> § 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.
> § 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.
> § 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio dedano irreparável ou de difícil reparação.

Portanto, uma vez que o provedor de conteúdo – sendo este o sítio ou rede social – receba uma ordem judicial para suprimir determinado conteúdo ilícito, porém, não o faça no prazo assinalado, poderá ser determinado, a requerimento, que todo o conteúdo seja suspenso, nos termos da Lei Eleitoral. Uma vez verificado pelo provedor de rede social que a conta responsável pelo conteúdo ilícito não esteja claramente vinculada a um indivíduo, deverá aquele desativá-la, não apenas impedindo a reiteração da conduta, mas também dando cumprimento à vedação ao anonimato, consoante o artigo 5.º, inciso IV, da Constituição Federal.

Em relação à responsabilização pelo conteúdo infringente, de natureza patrimonial, o artigo 19, *caput*, da Lei 12.965/2014, diz que o provedor da aplicação

somente poderá ser responsabilizado se não adotar providências para tornar indisponível o conteúdo ilícito. Fora esta hipótese excepcional, a responsabilização pelo material será exclusivamente da pessoa que o disponibilizou.

Nessa linha, é claro que a Justiça Eleitoral não se prestará à solução de lides de natureza civil, muito menos sob o aspecto patrimonial, limitando-se sua atuação à garantia de lisura do pleito.

No âmbito legislativo, merecem destaque as iniciativas que implementaram minirreformas em 2015 da Lei 13.165/2015 e em 2017 das Leis 13.487/2017 e Lei 13.488/2017, modificando a Lei Eleitoral n.º 9.504/97. Em 2015, a referida Lei excluiu da definição de propaganda eleitoral a menção à candidatura de determinada pessoa, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, com base na livre manifestação de pensamento e liberdade de expressão.

Em 2017, a Lei modificou o art. 57-B da Lei Eleitoral, estipulando que a propaganda eleitoral pode ser veiculada por meio de "blogs", redes sociais e "sites" de mensagens instantâneas, cujo conteúdo seja editado por candidatos, partidos, coligações, e qualquer pessoa natural, sendo vetada, porém, a contratação de impulsionamento.

É bom ressaltar, que muitos projetos de lei tramitam sobre o assunto no Congresso Nacional. Entre eles, merece destaque o de relatoria do Senador Rogério Carvalho (PT-SE), que teve o texto-base aprovado no Senado, e revoga a Lei 7.170 de 1983 (de Segurança Nacional) criada durante a ditadura militar, para incluir, no Código Penal, uma lista de crimes contra a democracia, entre os quais: "de interrupção do processo eleitoral", com prisão de três a seis anos e multa para quem impedir ou perturbar eleição ou a aferição de seu resultado por meio de violação do sistema de votação; e "comunicação enganosa em massa", com pena de um a cinco anos e multa para quem ofertar, promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por terceiros, por meio de expediente não fornecido diretamente pelo provedor do aplicativo de mensagens privadas, campanha ou iniciativa para disseminar "fake news" capazes de comprometer o processo eleitoral, dentre outras. Porém, recentemente, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, sancionou a Lei 14.197, de 2021, ventando vários artigos, entre eles o que previa até cinco anos de reclusão para quem cometesse o crime de "comunicação enganosa em massa".

Segundo Bolsonaro, a tipificação das "fake news" contraria o interesse público "por não deixar claro qual conduta seria objeto da criminalização". De acordo com o

presidente, "a redação genérica" do artigo não especificava se a punição seria para quem gera ou para quem compartilha a notícia falsa. "Enseja dúvida se o crime seria continuado ou permanente, ou mesmo se haveria um 'tribunal da verdade' para definir o que viria a ser entendido por inverídico a ponto de constituir um crime punível", argumenta.[7]

Já no cenário das iniciativas adotadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), uma das mais importantes foi a criação do Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições (Portaria TSE n.º 949, de 07/12/2017), com a atribuição de desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da internet nas eleições, em especial o risco das "fake news" e o uso de robôs na disseminação das informações, podendo propor ações e metas voltadas ao aperfeiçoamento das normas.

Em 06 de fevereiro de 2018, ao tomar posse como Presidente do TSE, o Ministro Luiz Fux, afirmou que um dos pilares que marcariam seu mandato seria o combate às notícias falsas, evidenciando, em seu discurso, que "candidatos preferem destruir a honra alheia através de notícias falsas por meio de redes sociais, em vez de revelar as próprias aptidões e qualidades" [8].

Já em 2020, sob a presidência do Ministro Luiz Roberto Barroso, o TSE com a ajuda da Secretaria de Tecnologia de Informação, da Assessoria de Comunicação Social e de agências checadoras de fatos, continua a combater a desinformação, monitorando a imprensa e as redes sociais, no intuito de impedir que o terrorismo informacional comprometa a democracia.

Ademais, o TSE, mantem no ar a página "Fato ou Boato" para o desmentir de imediato as notícias falsas relativas ao Tribunal e ao processo eleitoral[9], como por exemplo, relacionadas a uma inverdade, frequentemente repetida, de que o sistema eleitoral brasileiro seria inauditável.

É bom frisar, que desde 1996, com a criação das urnas eletrônicas foi eliminado o risco de fraude eleitoral no Brasil. Portanto, o sistema é auditável, do início ao fim com o teste público de segurança, no qual se entrega a urna eletrônica para que especialistas tentem ultrapassar suas barreiras de segurança, tudo sob

[7] Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/02/sancionada-a-revogacao-da-lei-de- seguranca-nacional-artigo-contra-disseminacao-de-fake-news-e-vetado>.
[8] TSE. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/lei-da-ficha-limpa-e-combate-as-fake-news-serao-pilares-da-gestao-do-ministro-luiz-fux>.
[9] TSE. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Julho/saiba-o-que-e-fato-e-o-que-e-boato-sobre-o-tse>.

monitoramento e participação dos partidos políticos, Procuradoria Geral da República (PGR), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Polícia Federal (PF), afim de impedir qualquer tipo de adulteração.

## 4. O QUE ESPERAR PARA AS ELEIÇÕES DE 2022

A revolução tecnológica representada pela expansão da internet interferiu no modo de dispersão de informações e de expressão das opiniões, ou seja, nos últimos anos houve um avanço avassalador da desinformação e dos disparos em massa de "fake news", principalmente durante eventos políticos, como nas eleições presidenciais americanas de 2016, nas eleições britânicas de 2017, e também, nas eleições brasileiras de 2018.

Portanto, as tecnologias de comunicação e informação modernas conferem uma nova perspectiva à cidadania, na forma como o público lê, interpreta e dissemina informações recebidas, mudando essencialmente a forma de comunicação e expressão da sociedade[10].

Sendo assim, a maior dificuldade a ser encontrada pelos agentes participantes das eleições, será a heterogeneidade e dificuldade de medição do alcance das notícias e propagandas realizadas, visto que o TSE não tem tanta capilaridade nas frentes de trabalho locais e que os tribunais regionais não tem esse papel de protagonista de investigação.

Por outro lado, a Justiça Eleitoral faz constantes parcerias com instituições, agências de checagem e plataformas digitais, mas o que fará a diferença no combate a "fake news" é a educação digital de cada eleitor, visto que ao saber filtrar as informações que são verdadeiras das falsas, com critérios, manterá o ambiente de Em resumo, altos investimentos decorrem da disseminação de "fake news" em um regime democrático, e a facilidade e velocidade de compartilhamento de dados "online" culmina em uma "poluição informacional", reduzindo o conhecimento da população em relação a fatos concretos, corroborando assim em um discurso baseado em fatos compartilhados, gerando ainda mais polarização eleitoral.

Nesse sentido, e evidenciando o potencial impacto nas eleições vindouras, o

[10] CASTANHO, M.A. O processo eleitoral na era da internet: as novas tecnologias e o exercício dacidadania. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014, p. 239-240.

atual Ministro do TSE, Luís Roberto Barroso, já deu passos importantes aos trabalhos do seu antecessor no combate a "fake news" com a criação de uma força tarefa de inteligência, composta por agências de inteligência governamental e especialistas em tecnologia da informação nacionais e internacionais[11].

Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF), através do seu presidente Luiz Fux, instituiu o Programa de Combate à Desinformação (PCD), cujo objetivo é desenvolver ações de comunicação para evitar a disseminação de notícias falsas e discursos de ódio contra as instituições democráticas, o que compromete a capacidade dos cidadãos de tomarem decisões. O programa também visa capacitar os funcionários, servidores, jornalistas e influenciadores digitais para identificar e evitar a propagação de informações fraudulentas, além de prevê a possibilidade de parcerias com instituições públicas e privadas, tudo em concordância com as garantias constitucionais em relação à liberdade de expressão[12].

De modo geral, tais iniciativas reduzirão o impacto da criação e disseminação de notícias falsas, e a experiência poderá dar subsídios necessários ao Poder Legislativo, de maneira a avaliar a necessidade da criação de mecanismos legais para tornar eficaz o combate à desinformação.

Além disso, é necessário ascender no âmbito do Governo Federal a discussão acerca de se estruturar uma estratégia nacional de segurança cibernética, com vistas a que se consiga aprovar uma lei que norteei a Política Nacional de Segurança da Informação para mitigar ação de "hackers" sobre dados da administração pública em todas as suas esferas.

Já na contramão do discurso, o atual Governo do Presidente Jair Bolsonaro, está em pleno embate com o TSE e com o STF, visto que recentemente, o Ministro Alexandre de Moraes incluiu o Presidente da República no inquérito das "fake news" que apura a atuação de milícias digitais e os desdobramentos de atos inconstitucionais. A decisão do Ministro Moraes atende a pedido unânime de ministros do TSE e visa apurar ataques, sem provas, feitos pelo Presidente da República ao sistema eleitoral do país, através de reiteradas declarações em redes sociais e em canais oficiais de TV, ameaçando as eleições caso não seja aprovada uma proposta de

[11] ALVES, Marco Antônio; MACIEL, Emanuella Ribeiro. O fenômeno das fake news: definição, combatee contexto. Internet & Sociedade, v. 1, n. 1, fev. 2020.
[12] CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programa-de-combate-a-desinformacao-vai-enfrentar-fake-news-no-supremo/>.

emenda à Constituição Federal que garanta a impressão do voto na urna eletrônica[13].

Aliado a esse fato, recentemente o Presidente da República assinou uma medida provisória (MP 1068/2021), que altera significativamente o Marco Civil da Internet e dificulta o bloqueio de conteúdos de ódio e desinformação publicados nas redes sociais, ou seja, o texto estabelece que a exclusão, suspensão ou o cancelamento de contas e perfis de usuário só poderá ser realizado com justa causa e motivação, além de proibir que as redes sociais adotem critérios de moderação que implique censura de ordem política, ideológica, artística ou religiosa.

Porém, grandes partidos políticos pediram ao STF a suspensão da medida provisória, já que a mesma desrespeita os requisitos fundamentais previstos na Constituição Federal, incluindo a OAB, que destacou a evidente inconstitucionalidade formal e material da medida provisória.

Para o presidente da OAB, Felipe Santa Cruz, "O Marco Civil da Internet é fruto de um longo debate da sociedade com o parlamento, especialista e juristas. É incabível a utilização de uma pedida provisória. Não tem qualquer relevância, urgência, dessa matéria nesse momento".

Já o Procurador Geral da República, Augusto Aras, pediu a suspensão da medida provisória liminarmente por dificultar a ação de barreiras que evitem a divulgação de conteúdo criminoso e de discurso de ódio.

Com isso, a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, suspendeu a eficácia da medida provisória que altera o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Em sua decisão, a Ministra atendeu ao pedido liminar feito por partidos políticos e a OAB, por não cumprir os requisitos legais de urgência. "A exposição dos motivos da MP não se desincumbiu do ônus de demonstrar de forma fundamentada a presença do requisito urgência, notadamente em matéria de tamanha complexidade, a evidenciar a ausência de tal requisito constitucional, do que resulta aparente inconstitucionalidade formal", argumentou Rosa Weber.

Nesse viés, especialmente no âmbito da política, se mostra imprescindível a adoção de medidas contra a disseminação das notícias fraudulentas, visto que a crença do público nas "fake news" podem afetar o processo eleitoral e a escolha dos candidatos, visto que um sistema informacional malicioso acarreta em desconfiança generalizada,

[13] Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/moraes-do-stf-inclui-bolsonaro-como-investigado-no-inquerito-das-fake-news-por-ataques-as-urnas.shtml>.

dificultando a distinção do verdadeiro e do falso pelos eleitores, que ficam sem saber no que acreditar.

É relevante salientar que, recentemente, o plenário do TSE cassou o mandato e tornou inelegível o deputado estadual eleito pelo Paraná, em 2018, Fernando Destito Francischini, por divulgar notícias falsas contra o sistema eletrônico de votação. A decisão condenou o deputado por uso indevido dos meios de comunicação, além de abuso de poder político e de autoridade, práticas ilegais previstas no artigo 22 da LC 64/90 (Lei de Inelegibilidade)[14].

O político foi condenado por disseminar notícia falsa ao afirmar, em uma "live" no seu perfil do Facebook no dia das eleições de 2018, que as urnas foram fraudadas para impedir eleitores de votarem no então candidato à presidência Jair Bolsonaro (sem partido), e que as urnas tinham sido apreendidas e que ele teria tido acesso a documentos da Justiça Eleitoral que confirmariam a fraude. Essa transmissão durou 18 minutos e alcançou 70 mil pessoas. Nas semanas seguintes, o conteúdo teve 400 mil compartilhamentos, 105 mil comentários e mais de 6 milhões de visualizações[15]. Percebe-se assim, que a atitude do agente público ao se utilizar de mídias digitais para compartilhar informação falsa, gerou um dano incalculável à credibilidade do sistema eleitoral, no qual abre precedente grave contra a legitimidade e cidadania.

Portanto, essa é a primeira vez que o tribunal cassa o mandato de um político por divulgação de "fake news" sobre o sistema de votação eletrônico, criando assim jurisprudência que deve nortear casos semelhantes, especialmente a partir das próximas eleições, durante esses tempos de extremismo político.

Então, se faz necessário combater, com rigor, o complexo esquema de desinformação, que atingem um público diário de milhões de pessoas, expondo em perigo concreto, a independência dos poderes, o Estado de Direito e a Democracia.

## 4.1 MEDIDAS DE COMBATE A FRAUDE NAS ELEIÇÕES DE 2022

Com o aproximar das eleições brasileiras de 2022, e diante das declarações públicas e ataques reiterados do Presidente da República às eleições, aliado a

[14] Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/354039/inedito-tse-cassa- deputado-que-propagou-fake-news-contra-urnas>.
[15] Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/tse-cassa-deputado-fake-news-facebook-durante-eleicao>.

constante pressão da circulação de mentiras sobre a violabilidade das urnas eletrônicas, o TSE avalia a adoção de medidas inéditas com a intenção de ampliar a transparência do processo eleitoral[16], ou seja, pretende divulgar em seu portal pouco depois do primeiro turno eleitoral, os arquivos que permitem a recontagem de votos um a um, chamado de RDV (Registro Digital do Voto), e os arquivos de "log" que registram todas as atividades nos equipamentos de votação.

É bom frisar, que até o momento, esses arquivos são fornecidos apenas sob demanda para algumas entidades fiscalizadoras, como os partidos políticos, Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público, Congresso Nacional, STF, Controladoria Geral da União, Polícia Federal, entre outras.

Além disso, pretende liberar consulta aos códigos-fontes dos "softwares" usados nas eleições, para inspeção das entidades fiscalizadoras, e já selecionou "hackers" (especialistas em tecnologia e segurança da informação), afim de ampliar o número de testes públicos para garantir a segurança das urnas, e sanar possíveis vulnerabilidades a tempo das eleições.

Dez investigadores individuais e cinco grupos tiveram as propostas aprovadas para participarem do Teste Público de Segurança (TPS) do Sistema Eletrônico de Votação. O objetivo dos "hackers" é encontrar fragilidades nos "softwares" e "hardwares" da urna eletrônica e dos equipamentos relacionados. Eles tentarão invadir o sistema, identificar problemas e achar situações adversas que possam ser melhoradas antes da disputa eleitoral do próximo ano. Além da tentativa de invadir o sistema de votação e transmissão de dados, os "hackers" vão checar se é possível violar o sigilo do voto e analisar a decodificação de sinais eletromagnéticos a distância.[17]

O Tribunal Superior Eleitoral, instituiu ainda a Comissão de Transparência das Eleições, formado por representantes do Congresso Nacional, Tribunal de Contas da União, OAB, Forças Armadas, Polícia Federal, Ministério Público e representantes da sociedade civil, com objetivo de ampliar a segurança e transparência de todas as etapas de preparação e realização das próximas eleições.

Aliado a essas ações de combate à desinformação com foco em processos

[16] UOL Notícias. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/09/16/com-urnas-na-mira-da-desinformacao-tse-abre-acesso-inedito-as-eleicoes.htm>.
[17] Metrópoles. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/tse-seleciona-hackers-para-testar-seguranca-das-urnas-eletronicas.>

eleitorais democráticos, que demandam atenção especial do Poder Judiciário, é essencial por outro lado, uma atualização do conjunto de normas que conferem legalidade à propaganda política, visto às constantes transformações do mundo digital para orientar a atuação dos atores frente a um cenário tecnológico variante.

Vale destacar a importância de dar transparência sobre os anúncios na internet no período da propaganda eleitoral e definir critérios sobre informações a serem divulgadas, e proibir a utilização sem consentimento de dados sensíveis para o direcionamento de propaganda partidária.

Como as plataformas digitais ganharam enorme relevância na propaganda eleitoral pelo avanço no tratamento de dados e emprego de algoritmos para distribuição de conteúdo, é importante definir ações que identifiquem claramente direitos dos usuários e deveres das plataformas na gestão do conteúdo "online".

Sendo assim, como a democracia pressupõe o diálogo como elemento central da construção política da sociedade, é de suma importância uma articulação de pactos suprapartidários, que tornem público o compromisso de partidos e candidatos em contribuir com o combate a desinformação, mesmo considerando o ambiente de disputa política.

Destaca-se a necessidade dos partidos se comprometerem a informar à sua base de filiados e militantes sobre os prejuízos da desinformação, e desmentir publicamente rumores falsos. Esses pactos devem prever a participação das instituições públicas e autoridades eleitorais para discutir boas práticas em campanhas eleitorais.

## 4.2 BASES DA DEMOCRACIA ELEITORAL

A "fake news" vem sendo considerada como um fator de risco à democracia eleitoral moderna. Seu caráter nocivo, revela-se sobretudo pelo potencial de manipular a opinião pública através da desinformação, a qual afeta o entendimento do cidadão sobre a realidade.

Em um primeiro momento, é importante ressaltar que a democracia foi restabelecida há pouco mais de 30 anos no Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988, que a elevou ao patamar de princípio fundamental, conforme seu artigo 1º, parágrafo único, ao deixar em evidência que todo poder emana do povo, que o

exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente[18].

Notadamente, para o pleno exercício da democracia, dentre outros aspectos, é necessário a observância dos preceitos elencados no artigo 5º da Constituição Federal, no rol das garantias fundamentais, como, por exemplo, o acesso à informação. Assim, o regime democrático deve ser pautado na verdade, para que se mantenha a sua higidez.

Dessa maneira, a disseminação de "fake news", e, portanto, de falsidades travestidas de verdades, têm o condão de corroer o discurso público e minar a capacidade de a sociedade se envolver em um discurso racional, na medida em que se misturam com outras informações, igualando-se a notícias verdadeiras. Além de gerar polarização política, ela vem contribuindo para solidificar outro fenômeno crescente: a pós-verdade, que não são exatamente mentiras, como no caso das "fake news", mas são a forma pela qual o indivíduo internaliza as informações recebidas, tornando-as verdadeiras para si.

A palavra "pós-verdade" apareceu pela primeira vez em 1992, na revista americana The Nation, em um artigo do dramaturgo Steve Tesich a respeito da Guerra do Golfo (1990-1991). O autor já apresentava a ideia de que, numa sociedade dominada pela pós-verdade, os fatos importam menos do que as crenças[19].

A pós-verdade e a "fake news" não podem ser vistas como passageiras, pois, é por meio desse tipo de comunicação (de desinformação e de inverdades) que há graves risco à democracia. Por exemplo, é grave aceitar a crença que não houve o golpe em 1964, durante o qual ocorreram torturas e mortes, ou seja, relutar em dizer que a ditadura não violou direitos humanos, evidencia um afronte à democracia.

De acordo com o site G1-Globo[20], no Brasil, no dia 31 de março de 2019, houve manifestações em várias capitais brasileiras, contra e a favor da ditadura, em que o grupo de indivíduos que se intitulou pró ditadura, utilizou cartazes com pedidos para o retorno da intervenção militar, pois acreditam ser esse regime melhor que o atual. Em suma, a pós-verdade assim como a "fake news" manipulam os cidadãos e ameaça o Estado Democrático que foi arduamente conquistado nas últimas décadas.

## 5. CIDADANIA DIGITAL

[18] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
[19] Guia do Estudante. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/atualidades/internet-sob-o-dominio-da-pos-verdade/>.
[20] G1 Minas. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/03/31/grupo-faz-manifestacao-a-favor-da-ditadura-militar-em-belo-horizonte.ghtml>.

A partir da globalização e do impulso tecnológico, é cada vez mais relevante suscitar a cidadania digital, criando-se uma cultura onde escolas e universidades possam ensinar crianças e jovens a identificar notícias falsas, ampliando assim o espaço democrático, este possibilitador do esclarecimento e da participação mais ativa dos indivíduos em questões de interesse coletivo. Assim, já há sinais evidentes de uma cidadania digital, mas que ainda enseja esforços humanos, jurídicos eestatais.

Nesse contexto, é fulcral criar uma rede congruente de atores, com participação de organizações nacionais privadas e públicas para promover iniciativas de educação digital, pois a construção de um ambiente seguro na internet depende da forma como usuários se apropriam das informações dispostas na rede.

Portanto, para que se possa superar os riscos e desafios como o da desinformação e do discurso de ódio "online" é essencial que sejamos capazes de compreender as externalidades negativas, assim como os direitos e deveres no mundo globalizado digital.

Assim, conhecer conceitos técnicos, entender o papel que as mídias digitais desempenham na transformação social e a forma como afetam as relações interpessoais é primordial para que cidadãos desenvolvam capacidade de leitura crítica e possam se beneficiar de suas potencialidades digitais de forma responsável, gerando assim benefícios para a sociedade como um todo.

A Cidadania Digital deverá prevalecer: "A diversidade de perspectivas revela que além da tecnologia e da economia, há questões ontológicas (o que é um objeto real, quais as formas pelas quais é possível fomentar e organizar a emergência de espaços e tempos híbridos entre analógico e digital, real e virtual) e deontológicas (dimensões éticas da tomada de decisões com base em informação incompleta, natureza dos direitos que se almeja como fins e limites ao uso de diferentes tecnologias como meios para acessar esses direitos) subjacentes à definição das agendas da nova cidadania digital." [21]

Essa, inclusive, é uma preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU), já que o direito à informação é um direito humano fundamental, fazendo parte assim da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, no qual se destaca:

[21] SCHWARTZ, Gilson. Conhecimento e Reinvenção Digital da Cidadania – Emancipação Social eTrabalho Criativo na "Cidade do Conhecimento". Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rce/article/download/112278/110255>

> Ao mesmo tempo, marcos jurídicos têm sido aprovados com a ambição de estabelecer parâmetros, princípios, garantias, direitos e deveres no mundo digital. Se os avanços da tecnologia da informação e das comunicações podem ameaçar e violar direitos, também têm a potencialidade de promover e fortalecer esses mesmos direitos. Na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, os estados- membros reconheceram a importância da expansão das tecnologias da informação, destacando a necessidade de enfrentar as profundas desigualdades digitais e desenvolver as sociedades do conhecimento, com base em uma educação inclusiva[22].

Sendo a educação digital um desafio de toda a sociedade, se a compreensão do papel da internet e das nocividades das "fake news" nas dinâmicas sociais não for disseminada, dificilmente conseguiremos lograr avanços no combate à desinformação.

Nessa perspectiva, é importante implantar iniciativas educacionais nas escolas e universidades para promover engajamento cívico a partir da divulgação de noções de cidadania, dos direitos e deveres da sociedade no ambiente digital, além de desenvolver programas e ferramentas de formação de professores e de apoio para auxiliar a educação digital.

## 6. CONCLUSÃO

Indiscutivelmente, o fenômeno da "fake news" cresce cada vez mais, especialmente no campo eleitoral, e vem causando um grande transtorno para a sociedade, cujo protagonismo se deve sobretudo ao crescimento dos novos formatos de mídias digitais e, em geral, à revolução tecnológica representada pela expansão da internet, a qual interferiu no modo de compartilhamento de informações e de expressão de opiniões. Neste âmbito, apesar do direito e tecnologia terem entre si uma imensa diferença em relação às velocidades de renovação, o ordenamento jurídico brasileiro tem ferramentas capazes de coibir e punir a proliferação de notíciasfalsas.

No entanto, de modo que o problema da desinformação não vire uma cicatriz pública permanente, impactando assim, na esfera das escolhas pessoais pela manipulação de opinião, no exercício da cidadania e nas eleições vindouras, parece claro que a Justiça Eleitoral deve ter papel primordial nesse processo, se adequando tecnicamente e atuando de maneira eficaz frente à disseminação de "fake news",

[22] PIOVESAN, Flávia; MUÑOZ, Lucien. Internet e direitos humanos. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/internet-direitos-humanos-20442000/>

porém sem sacrificar direitos e garantias fundamentais.

Nesse mesmo sentido, no intuito de manter o ambiente de higidez informacional nas eleições, caberá à sociedade debater medidas de conscientização pelo uso ético da informação e reprimir a criação e disseminação de notícias falsas que tenham sido colocadas em circulação por negligência ou má-fé, com vistas à manipulação política.

No que tange aos impactos democráticos da "fake news", estes são incalculáveis, visto que levam a população a tomar atitudes erradas; confundem a percepção das pessoas; geram violência; atrapalham movimentos sociais, políticos e econômicos e influenciam em decisões importantes. Assim, ainda existe uma enorme dificuldade, na prática, de segregar o que é uma notícia inventada, maléfica à democracia e o que é uma opinião, uma crença, ou outras manifestações de pensamento.

Então, os desafios da sociedade passam por qualificar corretamente a informação, a fim de extrair corretamente o conteúdo pretendido, evitando a difusão de informações forjadas ou enganosas, e, também por reconhecer suas próprias limitações frente aos instrumentos de regulação social, a fim de garantir uma solução equilibrada, considerando as vicissitudes de cada caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ADMS, Luís Inácio Lucena. **Liberdade de Expressão e Democracia.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, p. 440-450, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

ALCÂNTARA, Manoela. TSE seleciona hackers para testar segurança das urnas eletrônicas. **Metrópoles,** em 31 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.metropoles.com/brasil/tse-seleciona-hackers-para-testar-seguranca-das-urnas-eletronicas. Acesso em: 01 nov. 2021.

ALVES, Marco Antônio; MACIEL, Emanuella Ribeiro. **O fenômeno das fake news**: definição, combate e contexto. Internet & Sociedade, v. 1, n. 1, fev. 2020. Disponível em: https://revista.internetlab.org.br/o-fenomeno-das-fake-news-definicao-combate- e-contexto/. Acesso em: 01 nov. 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 01 maio 2020.

BARBOSA, Bernardo. Desinformação leva TSE a avaliar acesso inédito a dados sobre eleições. **UOL Política,** em 10 de setembro de 2021. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/09/16/com-urnas-na-mira-da- desinformacao-tse-abre-acesso-inedito-as-eleicoes.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

BARBOSA, Renato. Desinformação leva TSE a avaliar acesso inédito a dados sobre eleições. **UOL Política,** em 16 de setembro de 2021. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/09/16/com-urnas-na-mira-da- desinformacao-tse-abre-acesso-inedito-as-eleicoes.htm . Acesso em: 04 out 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto:** O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015.

BENEVIDES. Maria Victória de Mesquita. **A cidadania ativa - referendo, plebiscitoe iniciativa popular**. 3. ed. São Paulo, ed. Ática, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997.** Dispõe sobre normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Dispõe sobre 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:02 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.165 de 29 de setembro de 2015.** Dispõe sobre alteração das Leis n º 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm. Acesso em:10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.488 de 6 de outubro de 2017.** Dispõe sobre alterações das Leis n º 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos daLei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13488.htm. Acesso em:1 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em:15 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.834 de 04 de junho de 2019.** Dispõe sobre a alteração da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para tipificar o crime de denunciação caluniosa com finalidade eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13834.htm. Acesso em:20 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Portaria TSE n.º 949 de 07 de dezembro de 2017.** Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2017/portaria-no-949-de-7-de-dezembro-de-2017. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Lei da Ficha Limpa e combate às fake news serão pilares da gestão do ministro Luiz Fux**. Disponível em: https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/lei-da-ficha-limpa-e- combate-as-fake-news-serao-pilares-da-gestao-do-ministro-luiz-fux . Acesso em: 7out. 2020.

BRASIL. Agência Senado Federal. **Sancionada a revogação da Lei de Segurança Nacional; artigo contra disseminação de fake news é vetado.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/02/sancionada-a-revogacao-da-lei-de-seguranca-nacional-artigo-contra-disseminacao-de-fake-news-e-vetado . Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Programa de combate à Desinformaçãovai enfrentar fake news no Supremo**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programa-de-combate-a-desinformacao-vai-enfrentar-fake- news-no-supremo/ .Acesso em: 31 abr. 2021.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Lei da Mordaça e direito de informação**: mídia e justiça. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 131-146, 2000.

CASTANHO, M.A. **O processo eleitoral na era da internet:** as novas tecnologias eo exercício da cidadania. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014, p. 239-240.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

CAMBRIDGE, Dictionary. **Cambridge University Press**. Disponível em: https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news. Acesso em: 06 set. 2020.

CEZAR, Rafael. Os impactos jurídicos das fakes news nas eleições. **Revista**

**Consultor Jurídico,** em 22 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-22/rafael-cezar-impactos-juridicos-fake-news- eleicoes. Acesso em: 20 set. 2020.

CIDH. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros:** TIC Domicílios 2019. São Paulo: CGI.br. Disponível em: https://cetic.br/pt/noticia/tres-em-cada-quatro-brasileiros-ja-utilizam-a-internet-aponta-pesquisa-tic-domicilios-2019/. Acesso em: 30 fev. 2021.

DELGADO, José Augusto. **A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação.** Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda., pp. 9-42, 2006.

FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. **Direito de informação:** dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. Revista Jurídica Cesumar, v. 16, n. 3, pp. 639-655, set./dez. 2016.

FRANCO, Nádia. Ministra do STF suspende MP que altera o Marco Civil da Internet. **Agência Brasil.** Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-09/ministra-do-stf-suspende-mp-que-altera-o-marco-civil-da-internet. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

FRIAS FILHO, Otavio. **O que é falso sobre fake news.** Revista Usp, n. 116, p. 39-44, 2018.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GENESINI, Silvio. **"A pós-verdade é uma notícia falsa".** In: Revista USP, n. 116, p.45-58, janeiro/fevereiro/março 2018. São Paulo: ECA/USP. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/146577/140223. Acesso: 17 out. 2020.

GRANGER, Jacob. Reuters Digital News Report 2019 aponta que confiança na mídia continua a cair. **Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – Abraji,** em 13 de junho de 2019. Disponível em: https://www.abraji.org.br/help- desk/reuters-digital-news-report-2019-aponta-que-a-confianca-na-midia-continua-a- cair. Acesso em: 28 out. 2021.

GUIA do estudante. Internet: **Sob o domínio da pós-verdade**. Disponível em: https://guiadoestudante.abril.com.br/atualidades/internet-sob-o-dominio-da-pos- verdade/ . Acesso em: 01 nov. 2021.

G1 Minas e TV Globo. **BH tem atos pró e contra a ditadura militar no dia em que golpe completa 55 anos.** Disponível em: https://g1.globo.com/mg/minas-

gerais/noticia/2019/03/31/grupo-faz-manifestacao-a-favor-da-ditadura-militar-em-belo-horizonte.ghtml. Acesso: 18 out. 2020.

MENDES, Gilmar. Liberdade de expressão e direitos de personalidade**. Revista Consultor Jurídico,** 16 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-atual-liberdade-expressao- direitos-personalidade. Acesso em: 05 out. 2020.

MOSQUÉRA, Júlio. Parecer dirá que MP de Bolsonaro é inconstitucional. **G1 Política,** em 10 de setembro de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/10/parecer-dira-que-mp-de-bolsonaro-e-inconstitucional-e-pacheco-deve-devolver-texto-ao-planalto.ghtml . Acesso em: 07 out 2021.

PIOVESAN, Flávia; MUÑOZ, Lucien. **Internet e direitos humanos.** Disponível em: https://oglobo.globo.com/opiniao/internet-direitos-humanos-20442000/. Acesso em:01 nov. 2021.

REDAÇÃO do Migalhas. TSE cassa deputado que propagou fake news contra urnas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/354039/inedito-tse- cassa-deputado-que-propagou-fake-news-contra-urnas . Acesso em: 31 out. 2021.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWARTZ, Gilson. **Conhecimento e Reinvenção Digital da Cidadania** – Emancipação Social e Trabalho Criativo na "Cidade do Conhecimento". Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rce/article/download/112278/110255. Acesso em: 01 nov. 2021.

TEIXEIRA, Matheus; COLETTA, Ricardo. **Morais, do STF, inclui Bolsonaro como investigado no inquérito das fake news por ataque às urnas**. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/moraes-do-stf-inclui-bolsonaro-como- investigado-no-inquerito-das-fake-news-por-ataques-as-urnas.shtml. Acesso em: 31 abr. 2021.

TOMAS E VINICIUS FILHO, Eduardo. **Marco Civil da Internet:** uma lei sem conteúdo normativo. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ea/v30n86/0103-4014-ea-30-86-00269.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

VITAL, Danilo. TSE cassa deputado por difundir fake news no Facebook durante votação em 2018. **Consultor Jurídico,** em 28 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-28/tse-cassa-deputado-fake-news-facebook- durante-eleicao . Acesso em: 31 out. 2021.

VIVAS, Fernanda. STF cria programa para combater notícias falsas sobre a Corte.**G1 Política,** em 30 de agosto de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/30/stf-cria-programa-para-combater- noticias-falsas-sobre-a-corte.ghtml . Acesso em: 31 ago. 2021.

# MISTANÁSIA E OS RETRATOS DA PANDEMIA NO BRASIL:
## ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS DA LUTA PELA VIDA

Felipe Thaynã Mesquita de Paiva[1]
Walber Cunha Lima[2]

**RESUMO**

Para compreender a mistanásia à luz da pandemia de covid-19 no Brasil, faz-se necessário conhecer os aspectos sociais e jurídicos que norteiam tal situação. A mistanásia é uma morte infeliz, ocasionada antes do tempo por motivos alheios à vontade do indivíduo, seja pelo preconceito, violência, desigualdade, fome, falta de acesso a direitos fundamentais e não aplicação de políticas públicas por parte do Estado. Diante disso, a pandemia de covid-19, doença respiratória aguda ocasionada pelo coronavírus, agrava ainda mais a problemática já existente da mistanásia no Brasil, gerando um número exacerbado de mortes, afeta principalmente pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica, aquelas excluídas socialmente, sem acesso a um tratamento de saúde digno conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988. A presente pesquisa visa analisar de modo geral o que é e como ocorre a mistanásia no Brasil, bem como entender seus principais fatos geradores, em conformidade com as consequências geradas pela pandemia de covid-19. Tratando-se de como enfrentar tal problemática, de modo específico, levou-se em consideração fatores sociais, culturais e jurídicos. Utilizou-se o método de abordagem indutivo, para compreender os aspectos sociais e jurídicos da luta pela vida no Brasil, por meio do procedimento histórico, demonstrar o contexto atual da problemática com suas origens, a fim de elucidar os fatos geradores da mistanásia em consonância com a falta de implementação de políticas públicas pelo Estado, além do auxílio da pesquisa bibliográfica para fundamentar o desenvolvimento conceitual.

**Palavras-chave:** Mistanásia. Pandemia. Brasil. Aspectos. sociais. Jurídicos.

[1] Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: paivalip@hotmial.com
[2] Professor orientador de Direito Civil pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br

**MISTANÁSIA Y RETRATOS DE LA PANDEMIA EN BRASIL:** ASPECTOS SOCIALES Y LEGALES DE LA LUCHA POR LA VIDA

**RESUMEN**

Para entender la mistanásia a la luz de la pandemia del covid-19 en Brasil, es necesario conocer los aspectos sociales y legales que orientan esta situación. La mistanásia es una muerte lamentable, provocada antes de tiempo por causas ajenas a la voluntad del individuo, ya sea por prejuicios, violencia, desigualdad, hambre, falta de acceso a los derechos fundamentales y no aplicación de las políticas públicas por parte del Estado. Por lo tanto, la pandemia del covid-19, una enfermedad respiratoria aguda causada por el coronavirus, agrava aún más el problema existente de mistanásia en Brasil, generando un número exacerbado de muertes, afectando principalmente a personas en situación de vulnerabilidad socioeconómica, socialmente excluidas, sin acceso. a la atención digna de la salud según lo establecido en la Constitución Federal de 1988. Esta investigación tiene como objetivo analizar en general qué es y cómo ocurre la mistanásia en Brasil, así como comprender sus principales hechos generadores, de acuerdo con las consecuencias generadas por la pandemia de covid-19. A la hora de abordar cómo abordar este problema, de manera específica, se tuvieron en cuenta factores sociales, culturales y legales. El método del enfoque inductivo fue utilizado para comprender los aspectos sociales y legales de la lucha por la vida en Brasil, a través del procedimiento histórico, para demostrar el contexto actual del problema con sus orígenes, con el fin de dilucidar los hechos generadores de la mistanásia en línea con la falta de implementación de políticas públicas por parte del Estado, además de la ayuda de la investigación bibliográfica para apoyar el desarrollo conceptual.

**Palabras claves:** Mistanásia. Pandemia. Brasil. Aspectos. Social. Legal.

## 1 INTRODUÇÃO

A bioética enquanto área transdisciplinar do conhecimento é a “ciência da sobrevivência”, isto é, a junção de duas vertentes, a científica e humana. Representada por um saber biológico, “bio”, e os valores humanos, retratado pela “ética”, engloba a

paz, pobreza, ecologia, o bem-estar da humanidade, logo, a sobrevivência humana.

O papel da bioética é buscar a prevenção e proteção da vida humana como um todo, tanto em âmbito individual, quanto coletivo, principalmente dos indivíduos e minorias mais vulneráveis da sociedade, conhecidos como hipossuficientes. Indivíduos que estão em extrema vulnerabilidade socioeconômica e familiar, sem o acesso aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.[3]

A mistanásia, significa morte infeliz, conjunção do prefixo grego *mys* (infeliz) ao sufixo *thanatos* (morte). É ocasionada antes do tempo por motivos externos à vontade do indivíduo, ou seja, são vários os elementos que conduzem a esta morte, tendo como fatos geradores: preconceito, desigualdade, fome, violência, falta de acesso à saúde, alimentação adequada, entre outros fatores que acarretam a morte precoce de inúmeras pessoas.[4]

Nesse sentido, a mistanásia classificar-se em três fases: a primeira fase diz respeito aos doentes que não conseguem ser chamados de "pacientes", ou seja, os quais a enfermidade detona seu organismo e não possuem um atendimento que sane as necessidades. A segunda fase da mistanásia se relaciona aos pacientes que tem acesso ao sistema de saúde, todavia estão sujeitos a algum erro profissional durante seu tratamento, pela negligência, imperícia ou imprudência. A terceira fase é dos reféns da economia, os pacientes de baixa condição socioeconômica, sem o acesso a exames, acompanhamento,medicamento e tratamento adequado.

Desse modo, uma vez compreendido os conceitos iniciais de bioética e mistanásia, a presente pesquisa terá início a partir do tópico 2: O contexto histórico da mistanásia, oqual abordará o surgimento de tal fenômeno e as consequências até os dias atuais.

O tópico 3 apresenta os principais fatos geradores da mistanásia no Brasil, isto é, as problemáticas sociais: preconceito, violência, fome, desigualdade, racismo e o colapso noSistema Único de Saúde (SUS) em decorrência da pandemia de Covid-19.

O tópico 4 retrata os aspectos jurídicos sobre a mistanásia e a pandemia de covid-19, os direitos constitucionais assegurados a todos os indivíduos, assim como, a função

[3] Segundo Amaral, a bioética: "é a disciplina que examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, indicando os caminhos e os modelos de respeitar os valores da pessoa humana". (1999, p. 36)

[4] De acordo com Leo Pessini, o termo mistanásia mistanásia origina-se do prefixo grego *mys*, ("infeliz") associado ao sufixo thanatos, ("morte") e "trata-se da morte infeliz, miserável, fora e antes da hora não apenas de alguns, mas de centenas de milhares de pessoas, morte provocada de forma lenta e sutil por sistemas e estruturas que não favorecem a vida". (PESSINI, 2007, p. 322)

social do Estado na aplicabilidade de suas políticas públicas.

O tópico 5 refere-se ao papel do poder judiciário para a garantia e efetivação da Constituição Federal e políticas públicas durante a pandemia de covid-19, o qual fez o controle de constitucionalidade das medidas e protocolos adotados pelo poder Executivoe Legislativo.

O tópico 6 versa sobre a vulnerabilidade dos grupos sociais mais afetados com o advento da pandemia de covid-19 no Brasil, dentre os quais, estão as pessoas de baixa renda, moradores de bairros periféricos, moradores de rua e entregadores de alimentos.

O tópico 7 trata-se da conclusão da pesquisa, isto é, a análise dos dados pesquisados, bem como, a solução da problemática que norteia o presente estudo científico.

Diante disso, é importante destacar que a pesquisa está dividida em dois blocos de estudo, o primeiro trata-se da mistanásia e seus fatos geradores, a segunda refere-se ao agravamento da mistanásia com o advento da pandemia de Covid-19 no Brasil.

Trata-se de uma doença respiratória nova, ocasionada pelo vírus SARS-COV-2, que teve sua origem detectada em Wuhan, na China e chegou no Brasil rapidamente, aumentando ainda mais os problemas da pré-existentes da mistanásia.

É uma doença sem precedentes, atingiu com maior letalidade os indivíduos que possuem algum tipo de comorbidade física, principalmente os quais pertencem aos grupos mais vulneráveis da sociedade, como é o caso dos moradores de rua, pessoas que pela própria condição financeira e social não tem acesso as mínimas condições de higiene preventiva, como: máscara de proteção individual, luvas, álcool em gel, água potável, sabão, casa para manter o distanciamento social, assim como, a falta de acesso aatendimento médico hospitalar, sem nenhuma perspectiva de tratamento.

Com isso, é evidente que o direito, enquanto produto sócio-cultural, busca amparar e uniformizar a isonomia dos indivíduos em sociedade, constituindo por força da lei que todos são iguais e possuem os mesmos direitos. Ocorre que, a má gestão e falta de aplicabilidade de políticas públicas por parte do Estado é um fator que gera desigualdadee aumenta as filas invisíveis da mistanásia no Brasil.

Por fim, o agravamento da mistanásia com o advento da pandemia de covid-19, bem como, a falta de atendimento médico para as pessoas mais necessitadas é o recorte temático da presente investigação, a qual tem como objetivo apresentar as soluções para o enfrentamento da mistanásia no Brasil, além disso, os aspectos sociais e jurídicos

que norteiam tal situação.

## 2 CONTEXTO HISTÓRICO DA MISTANÁSIA

Primeiramente, ao se tratar do contexto histórico da mistanásia, é imprescindível destacar o seu grande início que teve como marco em âmbito internacional, as guerras mundiais. Cenário em que os países lutavam por poder econômico, geográfico, militar e religioso, durando anos de confronto, causando a perda de milhares de vidas em escala exacerbadas, ou seja, a mistanásia já existia e estava inserida num contexto de ódio e guerra entre nações.

Momento em que também o desenvolvimento da tecnologia e indústria bélica começou a se difundir pelo mundo, com a criação da bomba atômica, que devastou milhares de vidas de uma só vez em Hiroshima e Nagasaki. Nesse contexto, outro fator da mistanásia durante esse período foi a ascensão do nazismo e de Hitler na Alemanha, momento marcado pelo Holocausto, a perseguição e o extermínio de aproximadamente seis milhões de judeus.

Com o fim da segunda guerra mundial, levando-se em consideração os retratos de milhares de vidas perdidas, iniciou-se uma grande movimentação para proteger e garantir os direitos humanos ao redor do mundo, principalmente o direito à vida, com a implementação de sistemas de proteção e criação de entidades internacionais, dentre as quais, é evidente destacar a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, como o intuito de proporcionar uma cooperação internacional entre os países, onde os direitos humanos começaram a ter mais importância e prevalência, prezando pela paz, segurança e preservação internacional.

Nesse sentido, em 1948, surge a Declaração Universal dos Direitos humanos (DUDH), estabelece isonomia das garantias individuais, sendo assim, a ideia de que o indivíduo é protegido pelo simples fato de ser um ser humano, sujeito de direito como cidadão em seu país e internacionalmente.

Desse modo, já no cenário atual, a mistanásia está inserida numa estrutura de preconceitos, violência, fome, desigualdade, racismo, pobreza e toda e qualquer forma de desigualdade e vulnerabilidade social, isto é, decorre do desafeto provocado pelo próprio comportamento humano, a partir de estigmas e aspectos sociais e econômicos que separam a sociedade em classes e minorias, gerando um sistema

estrutural da mistanásia.

Com efeito, é evidente que a mistanásia é uma lamentável realidade que está entrelaçada no nosso meio social, alimentada por todo e qualquer ato de desamparo, desamor e desigualdade para com o próximo. Indivíduos ou grupos sociais que estão em situação de vulnerabilidade, perdem a perspectiva de vida pessoal e profissional, em virtude de uma realidade social imutável, a qual independe da vontade do próprio indivíduo, em sua maioria, pessoas com baixo ou zero nível de escolaridade, as quais a educação não é uma opção, e sim algo bem distante de ser alcançado.

Não obstante, observa-se que a mistanásia decorrer tanto por culpa da própria sociedade, ou seja, comportamento de determinada classe que se considera superior a outro grupo ou minorias, como também, pela falta de aplicabilidade de políticas públicas por parte do Estado, que tem como dever assegurar a isonomia e pacificação social, como é o caso do acesso à saúde, educação, segurança e paz, direitos mínimos que não chega para todos os cidadãos, em virtude da má gestão dos governantes, ao passo que os grupo mais pobres e de baixa escolaridade se tornam vítimas invisíveis da mistanásia.

## 3 PRINCIPAIS FATOS GERADORES DA MISTANÁSIA NO BRASIL

Primeiramente, o preconceito e suas diversas formas é o primeiro fato gerador que se decorre o fenômeno da mistanásia, o qual recai sobre um determinado indivíduo ou coletividade de um determinado grupo social. O preconceito nasce a partir do momento em que há uma descriminalização cultural, racial e/ou economia sobre outrem, ou seja, um problema atual e mundial que atinge milhares de vítimas pelo mundo. Assim, deve haver uma ponderação e respeito para não ferir ou violar a dignidade do próximo, pois toda forma de discriminação deve ser combatida, em prol do respeito para com o próximoe efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

O segundo fato gerador da mistanásia é a violência. Pode ser classificada a partir de quem sofre, como: interpessoal, quando uma pessoa agride outra, pode ser um membro da comunidade, da família ou conhecido. A violência será coletiva quando: causada em desfavor de um grupo social, podendo ser política, econômica ou socia, independentemente da classe social de quem a faz. Por fim, pode ser classificada

também como autodirigida: quando é causada contra si próprio, a partir do auto abuso oucomportamentos suicidas, em virtude de influências externas.[5]

O terceiro fato gerador da mistanásia enfatizado na presente pesquisa é no tocante a fome, situação lamentável e muito delicada inerente a existência da mistanásia em pleno século XXI no Brasil e no mundo. A fome está ligada desde a sensação fisiológica da vontade de comer, até as formas mais brutais de violentação do ser humano, inerente à pobreza e exclusão social. As pessoas que se encontram nessa situação de má nutrição, não possuem um sustento mínimo que garanta o próprio alimento, ocasionando uma morte lenta a cada dia, acerca do estado nutricional precário para manter dignamente a própria subsistência.[6]

Com efeito, é evidente que na teoria, todos os direitos inerentes a cada indivíduos estão expressamente assegurados, contudo, a realidade é totalmente contrária ao que é garantido constitucionalmente.

A desigualdade, é o quarto fato gerador atribuído as causas da mistanásia, que se expande nas mais diversas escalas de menosprezo e desrespeito para com o próximo. O fenômeno da mistanásia em virtude da desigualdade começa a partir do momento em que há um desequilíbrio no poder socioeconômico entre os indivíduos, no sentido de que nem todos são iguais, está entrelaçada ao estabelecimento de hierarquias sociais, que tem a ver com as diferentes formas de acesso a direitos como a alimentação, moradia saúde e educação. Assim, corresponde a uma parcela da sociedade não tem acesso aos patamaresmínimos de subsistência e qualidade de vida digna.

O quinto fato gerador da mistanásia decorre do racismo, ato extremo. É a discriminação social baseada na falsa ideia de que a sociedade é dividida em raças e que uma é superior às outras, onde os próprios indivíduos imputam atos que ferem a dignidade de outro ou grupo social, levando-se em consideração aspectos biológicos e culturais. No Brasil, o racismo é crime e está previsto na lei n° 7.716/1989, constituindo que é inafiançável e não prescreve, isto é, quem cometer um ato racista, pode ser

[5] De acordo com a Organização mundial da Saúde (OMS): "violência é o uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação". **(**Organização Mundial da Saúde, 2011)

[6] O direito humano à alimentação adequada está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos: Artigo XXV - 1. Toda pessoa 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, o 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." (ONU, 1948)

condenado anos após o crime.[7] Todavia, na prática, ainda que tipificado em lei, o racismo está ligado diretamente à mistanásia. Nesse sentido, a declaração universal dos direitos do homem, foi criada com o intuito de proteger os direitos fundamentais dos seres humanos, condenando todo tipo de discriminação por cor, gênero, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição intrínseca ao indivíduo.

Por fim, o colapso no Sistema Único de Saúde (SUS) em decorrência da pandemia de Covid-19, é o último fato gerador da mistanásia elucidado pela presente pesquisa. Com o surgimento do coronavírus, desencadeou-se uma sobrecarga exacerbada no Sistema Único de Saúde (SUS), que se deu desde a falta de medicamentos, quanto pela falta de profissionais de saúde e EPIs (equipamento de proteção individual) tanto para os que atuaram na linha de frente, quanto para os próprios indivíduos em sociedade, razão pela qual, a ausência de leitos e UTI (unidade de terapia intensiva) em âmbito nacional foi incompatível com a quantidade de infectados que se deu em larga escala pela doença respiratória.

O primeiro caso de covid-19 no Brasil, ocorreu em 26 de fevereiro de 2020, no estado de São Paulo.[8] Logo após a data do primeiro caso, a situação começou a se agravar rapidamente, em meados de março foi preciso declarar estado de calamidade pública em muitos estados, em alguns foi necessário o lockdown, isto é, o isolamento obrigatório da população de acordo com as autoridades locais para combater o contágio da doença, assimcomo a limitação de horários e circulação.[9]

Com o avanço da doença, protocolos sanitários tiveram que ser adotados em todo o território nacional, restringindo-se o direito de ir e vir, em prol do bem coletivo. Implementou-se métodos de priorização dos pacientes, dentre os que tiveram acesso direto à UTI (unidade de terapia intensiva), a depender do quadro clínico e perspectiva derecuperação.[10]

---

[7] Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça,cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Lei n° 7.716/1989)

[8] "O Ministério da Saúde confirmou, nesta quarta (26/02), o primeiro caso de novo coronavírus em São Paulo. O homem de 61 anos deu entrada no Hospital Israelita Albert Einstein, nesta terça-feira (25/02), com histórico de viagem para Itália, região da Lombardia. O Ministério da Saúde, em conjunto com as secretarias estadual e municipal de São Paulo, investigava o caso desde então". (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

[9] Segundo o Ministério da Saúde, foram registrados em 24 de Abril de 2020 no Brasil: "52.995 casos de coronavírus no Brasil e 3.670 mortes até as 14h desta sexta-feira (24), segundo informações repassadas pelas Secretarias Estaduais de Saúde. Nas últimas 24 horas, foram registrados 3.503 novos casos e 357 novos óbitos. Até agora, do total de casos confirmados, 27.655 pessoas são consideradas recuperadas, correspondendo a 52% dos casos diagnosticados e outras 21.670 permanecem em acompanhamento". (BRASIL, 2020)

[10] O método de priorização de pacientes foi feito com base nos protocolos ético e moral das associações médicas para auxiliar os profissionais a fazer as escolhas: "O princípio mais sólido é o de priorização de pacientes com melhores chances de benefícios e com maiores expectativas de sobrevivência". "A recomendação é de que avaliações baseadas na subjetividade do julgamento clínico individual sejam evitadas, porque são mais sujeitas a vieses e ao uso

A fase mais crítica da doença se deu em Manaus-AM, a primeira capital brasileira fortemente afetada pelo coronavírus. A cidade enfrentou explosão de casos, colapso total de hospitais e cemitérios abrindo valas coletivas para enterrar as vítimas da doença. No dia 14 de janeiro de 2021, o estoque de oxigênio acabou em vários hospitais de Manaus, logo, os pacientes internados por covid-19 morreram, foi quando a crise tornou-se pública e internacional, todavia, já era de conhecimento dos governos Federal e Estadual tal situação, bem como, da empresa responsável pelo fornecimento de oxigênio ao Estado dias antes da crise eclodir.

Diante disso, os primeiros levantamentos de investigações conduzidas pelo MPF (Ministério Público Federal) em Manaus apontaram de 20 a 30 mortes. Mais de 500 pacientes em condições de saúde menos graves, sem a dependência imediata de uma UTI (Unidade de Terapia Intensiva), foram transferidos para outros Estados em aviões da FAB(Força Aérea Brasileira).

Desse modo, diversas medidas foram adotadas para combater a crise sanitária, dentre as quais: 1. Isolamento social (para que os indivíduos ficassem em casa trabalhando em modo home office, evitando assim aglomeração). 2. Construção de hospitais de campanha (que serviram de forma temporária para desafogar o sistema de saúde). 3. Injeção de dinheiro na economia (com a criação do auxílio emergencial, beneficiando trabalhadores informais, microempreendedores individuais, autônomos e desempregados). 4. Testes de detecção do coronavírus (para mapear o prosseguimento da doença em cada Estado e Região). 5. Compra de vacinas contra a covid-19 (cuja primeiraaplicação se deu no dia 17 de janeiro de 2021, até os dias atuais).

Assim, percebe-se que cada fato gerador contribui diretamente para o avanço da mistanásia, seja em pequena ou grande escala de efeitos, além disso, é notório que são problemas sociais estruturados a tempo na sociedade, que até hoje possui consequênciasdevastadoras.

inconsistente" completa. OS CRITÉRIOS. 1) salvar mais vidas: Como é feito? Usando o escore Sofa (Sequential Organ Failure Assessment), que avalia uma série de parâmetros de dados vitais. Quanto maior essa pontuação, menor a chance de sobrevier (vai de 1 a 4 pontos). 2) Salvar mais anos de vida: Como é feito? Avaliando a presença de comorbidade grave com probabilidade de sobrevida inferior a um ano (caso ocorra isso, soma-se 3 pontos à conta). 3) Capacidade do paciente: Como é feito? Por meio da escala de performace funcional Ecog (Eastern Cooperative Oncologic Group). Nesse caso, o paciente é avaliado em uma escala que vai de "completamente ativo" até "completamente incapaz de realizar auto-cuidados básicos" (vai de 0 a 4 pontos). Em caso de empate de pontos, diz o protocolo proposto, deve ser usada a seguinte ordem de escolha: Menor pontuação de Sofa. Julgamento Clínico da equipe de triagem. (MADERO, 2020)

## 4 ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE A MISTANÁSIA E A PANDEMIA DECOVID-19 NO BRASIL

Primeiramente, é importante destacar que a mistanásia decorre do conceito de caso fortuito, uma vez que seus fatos geradores que causam seus efeitos partem de um comportamento humano, sobretudo pela construção social de preconceitos e descaso paracom os indivíduos em situação de vulnerabilidade.

De outro modo, a pandemia de covid-19 se trata de um fenômeno da natureza, partindo desse referencial, o coronavírus por ser uma doença respiratória, enquadra-se no conceito de força maior, isto é, evento imprevisível ou de difícil previsão, o qual não pode ser evitado, mas que provoca consequências e efeitos para as pessoas, tendo como fim a morte, diante da grave infecção respiratória.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, em Direito Civil Brasileiro, ensina que:

> "Em geral, a expressão caso fortuito é empregada para designar fato ou ato alheio à vontade das partes, ligado ao comportamento humano ou ao funcionamento de máquinas ou ao risco da atividade ou da empresa, como greve, motim, guerra, queda de viaduto ou ponte, defeito oculto em mercadoria produzida etc. E força maior para os acontecimentos externos ou fenômenos naturais, como raio, tempestade, terremoto, fato do príncipe (*fait du prince*) etc". (2019, p. 385)

Desta maneira, compreende-se a ideia de caso fortuito e força maior analisados na presente pesquisa, pois, são os primeiros aspectos jurídicos da mistanásia e pandemia de covid-19 no contexto do Direito Civil. Assim, observa-se que o comportamento humano é de fato o responsável pela origem da mistanásia diante dos fatos geradores que ensejam essa lamentável estruturação social de desigualdade no Brasil.

Já na esfera do Direito Constitucional, o art. 5° da Constituição Federal estabelece o rol de cláusulas pétreas, os direitos fundamentais mais importantes do ordenamento jurídico, os quais não podem ser mitigados, apenas, alterados para melhorar sua abrangência. São direitos inerentes a todos os cidadãos, tanto pela forma de tratamento isonômico, quanto pela proteção da dignidade da pessoa humana, que engloba principalmente o direito à vida e a saúde.[11]

[11] O art. 5° da Constituição Federal, assegura que: "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" (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, para concretizar a efetivação do direito à saúde, o Estado utiliza o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual presta assistência à saúde de forma gratuita e isonômica para todos os cidadãos. Diante da generalizada infecção sanitária pela pandemia de covid-19, o Sistema Único de Saúde colapsou, situação em que os próprios profissionais de saúde que atuaram na linha de frente no combate à doença também foram vítimas da mistanásia acerca do real despreparo na aplicação de medidas e protocolos científicos pelo poder público no combate à pandemia de covid-19.[12] Dessa maneira, o direito a saúde não foi garantido conforme constitui o ordenamento jurídico, muitas pessoas se quer conseguiram ter acesso a um primeiro atendimento médico, nem nas Unidades Básicas de Saúde (UBS), muito menos nos hospitais de maior porte, lotados, sem respiradores e oxigênio suficiente para atender a quantidade de infectados, muitas pessoas morreram em casa devido à falta de acesso à saúde. Isso configura uma violação aos direitos fundamentais, sobretudo o art. 196 da Constituição Federal, onde estabeleceque a saúde é um direito de todos e dever do Estado.[13]

Perante o exposto, o mínimo existencial é a ideia de que o Estado é obrigado a prestar o auxílio material e garantir os direitos sociais para todo e qualquer ser humano ter uma vida digna. Por outro lado, é importante destacar também o princípio da reserva do possível, sendo uma limitação jurídico-fática apresentada pelo poder público tanto para restrições orçamentárias que impediria de implementar os direitos, quanto, não ofertar todas as prestações materiais previstas.

No Brasil, a ideia de mínimo existencial foi usada pela primeira vez na medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello.[14] Com isso, firma-se o

---

Destaca-se que a data de notificação pode não representar o dia de ocorrência dos eventos, mas exprime o período ao qual os dados foram infirmados nos sistemas de informação do MS. Anteriormente, considerando o período após agosto de 2020, o dia ao qual foi observado o menor número de casos novos (8.429 casos) foi 12 de outubro de 2020 e o menor número de óbitos novos (128 óbitos), em 8 de novembro de 2020" (Ministério da Saúde. Situação epidemiológica: doença pelo coronavírus 2019. Boletim COE COVID-19 2021).

[12] "O Ministério da Saúde (MS) recebeu a primeira notificação de um caso confirmado de covid-19 no Brasil em 26 de fevereiro de 2020. Com base nos dados diários informados pelas Secretarias Estaduais de Saúde ao Ministério da Saúde, de 26 de fevereiro de 2020 a 29 de meio de 2021, foram conformados 16.471,600 casos e 461.057 óbitos por covid-19 no Brasil. Para o país, a taxa de incidência acumulada foi de 7.778,6 casos por 100 mil habitantes, enquanto a taxa de mortalidade acumulada foi de 217,7 óbitos por 100 mil habitantes". (Ministério da Saúde. Situação epidemiológica: doença pelo coronavírus 2019. Boletim COE COVID-19 2021). "O maior registro de notificações de casos novos em um único dia (100,158 casos) ocorreu no dia 25de março de 2021 e de novos óbitos (4.249 óbitos) em 8 de abril de 2021.

[13] Art. 196 da CF: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitárioàs ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988)

[14] Assim, cabe citar a decisão proferida, que se tornou parâmetro para se firmar o entendimento: *"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E*

entendimento jurisprudencial de que o poder público não pode invocar a reserva do possível se comprometer o núcleo básico no mínimo existencial.

Posto isso, o princípio da dignidade da pessoa humana tem como essência a universalidade da garantia dos direitos mais importantes do ser humano, esse princípio é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, com previsão no art. 1°, III da Constituição Federal de 1998. Sendo assim, fica evidente que o princípio da dignidade da pessoa humana é soberano ao preservar os direitos fundamentais constituídos no ordenamento jurídico, sobretudo, busca zelar pela integridade física, moral, psicológica esocial de todo ser humano.

Segundo Alexandre de Moraes, em seu livro Direito Constitucional, a dignidade da pessoa humana concede:

> "Unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual". (MORAIS, p. 41)
>
> "Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade". (MORAIS, p. 41)

Sendo assim, compreende-se os aspectos jurídicos que norteiam a problemática da mistanásia no Brasil. É claro o dever do Estado em assegurar o mínimo existencial para cada cidadãos, conforme as normas constitucionais, além disso, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, com o propósito de acabar com o processo de mortes prematuras acerca da mistanásia e do seu agravo com a pandemia de covid-19 noBrasil.

---

*DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)"* (STF – ADPF 45 DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 29/03/2014)

## 5 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A GARANTIA E EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E POLÍTICAS PÚBLICAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Durante a pandemia de covid-19, principalmente nos momentos mais críticos, onde a doença se difundia rapidamente por todo o território nacional, bem como, o surgimento de suas variantes causando incontáveis números de vítimas, o poder judiciário, através do Supremo Tribunal Federal (STF), atuou diretamente para assegurara aplicabilidade da Constituição Federal no enfrentamento à Covid-19.

Em razão disso, a decisão da Suprema Corte sobre a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 6341, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista com o intuito de declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória n° 926, de 20 de março de 2020editada pelo Presidente da República.

A referida Medida Provisória estabelecia algumas ações emergenciais de enfrentamento à covid-19, dentre as quais, no seu art. 3° §9° atribuía exclusivamente ao Presidente da República a competência de dispor sobre os serviços e atividades essenciais.[15]

Assim, foi reconhecida a competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios para tomarem as medidas cabíveis e necessárias de acordo com cada local, a fim de prover e cuidar da saúde e assistência pública.

Desse modo, o Ministro Marco Aurélio foi o relator da referida ação e em seu entendimento, houve a inobservância por parte da Medida Provisória ao art. 23, II da Constituição Federal, tendo em vista que este artigo constitui que "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II Cuidar da saúde e assistência pública...".

Nesse sentido, o Ministro Luís Barroso (2009), ressalta a importância da atuação do juiz na interpretação das leis elaboradas pelo Poder Legislativo, o qual deixa claro

[15] "Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:
I – isolamento; II – quarentena;
[...] VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; b) locomoção interestadual e intermunicipal; [...]
§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.
§ 9º *O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o* § 8º. (Medida Provisória n° 926, de 20 de março de 2020)

queo juiz deverá, sim, fazer a expansão das leis perante os casos concretos:

> "A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, pag. 6, 2009)

Com base nesse entendimento, conclui-se que não houve ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 6341, mas sim, a aplicabilidade da Constituição Federal, pois é competência da Suprema Corte avaliar e decidir sobre a constitucionalidade de Leis e Medidas Provisórias.

Portanto, diante do caso concreto, o Supremo Tribunal Federal foi instigado a decidir sobre uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), exercendo sua função típica, que é de julgar.

## 6 VULNERABILIDADE: OS GRUPOS SOCIAIS MAIS AFETADOS COM O ADVENTO DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Com o advento da Pandemia de Covid-19 no Brasil e a rápida propagação do vírus em todo território nacional, é notório que a doença não apresenta seletividade no contágio, todavia, os impactos da infecção são sentidos de forma diferente a depender da classe, gênero e condição financeira, principalmente.

No Brasil, os primeiros casos confirmados de coronavírus foram associados às classes economicamente mais favoráveis, ou seja, em virtude de viagens internacionais, as quais se infectavam e posteriormente, retornavam ao país. Diante disso, é importante destacar que embora a doença não apresente seletividade no contágio, há consequências diferentes nas medidas de preservação e possibilidade de agravamento dos sintomas, a depender da condição socioeconômica de cada indivíduo.

Os grupos sociais mais expostos ao vírus foram: pessoas de baixa renda (que vivem de "bicos", os quais a renda não é suficiente para manter uma vida digna), moradores de bairros periféricos (onde as condições de higiene e saneamento básico são escassos, em que o distanciamento social não é pleno), moradores de rua (os mais expostos ao vírus, tendo em vista a falta de higiene pessoal e exposição a

ambientes insalubres) e entregadores de alimentos (que atuaram na linha de frente dos serviços considerados essenciais e, ao contato com aqueles que viajaram, infectavam-se, uma vez que o controle da doença requer estratégias como a quarentena e distanciamento social).

A pobreza extrema e o baixo nível de escolaridade geram impacto direto no descumprimento às orientações de saúde, são fatores que separam notadamente os indivíduos em classes sociais. Tendo em vista esse cenário, aqueles que encontram-se em tal situação de vulnerabilidade, não tem acesso a um atendimento médico digno, tão pouco, manter corretamente os cuidados necessários de tratamento e higiene pessoal.

Os moradores de rua são uma parcela da sociedade que mais sofre com a pobreza e hipossuficiência. Pelas condições em que se encontram, estão naturalmente mais suscetíveis à infecção em virtude da exposição nas ruas, entregues à sorte, tanto pelas condições precárias de vida, quanto pela dificuldade de obter água, sabão, álcool em gel, máscara de proteção e uma residência que permita o distanciamento social, em virtude das orientações e protocolos associados ao combate a pandemia de Covid-19.[16]

Na teoria, embora assegurado espaços e serviços pelo poder público aos moradores de rua, a situação é totalmente diferente na prática. A realidade é que a grande maioria dessa população encontra-se constantemente sob as ruas, tendo como teto viadutos ou prédios abandonados, sem quaisquer condições mínimas de alimentação, cuidados médicos e dignidade humana.

Conforme Falcão (1989, p 23), entende que:

> "A política social no Brasil se mantém opaca, sem visibilidade, sem identidade, sem direção clara, germinando e proliferando uma caótica rede de instituições públicas produtoras de assistência e serviços sociais, que se apresentam marginais até mesmo para seus técnicos". (FALCÃO, 1989, p. 23)

Por fim, a falta de assistência pública em consonância com as condições insalubres e desumanas de subsistência, acaba aumentando o número de mortes acerca da

[16] Em 2009, com o Decreto 7.053, foi instituída a Política Nacional para População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento (CIAMP-Rua), que assim caracteriza a população em situação de rua: "Grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória". **(**Brasil 2009, Art. 1º Parágrafo Único)

mistanásia no Brasil, resultando numa quantidade exacerbada de vítimas dessa população de rua quetodos os dias morre lentamente com o desamparo social.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mistanásia é o cenário de uma lamentável realidade no Brasil, isto é, entre o que é garantido constitucionalmente para todos os cidadãos, ao passo do que não é implementado e efetivado da forma pela qual deveria ser pelo Estado, por ser o garantidor legal e tem como dever fazer valer a aplicação das garantias fundamentais constituídas no art. 5° da Constituição Federal, intrínsecas a todos os indivíduos de maneira isonômica,conforme o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, o direito, através das normas e princípios fundamentais, busca a todo momento proteger os cidadãos, principalmente aqueles em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Além disso, proporcionar um conjunto de patamares mínimos que garanta uma vida digna em sociedade, como: acesso a saúde pública de qualidade, educação, segurança e demais direitos constitucionais inerentes a todo ser humano.

Ocorre que, em decorrência da ineficiência do papel do Estado, pela má gestão em implementar de maneira correta os recursos públicos a quem mais necessita, gera um desequilíbrio social e econômico entre os indivíduos, separando a sociedade em classes e poder econômico. Os vulneráveis são os diretamente afetados, pois além de não possuir uma renda própria que proporcione a qualidade de vida digna, não se tem o amparo necessário do Estado, que deveria acolher e cuidar desses indivíduos, principalmente os moradores de rua (os mais necessitados), os quais estão entregues à própria sorte.

Desse modo, percebe-se que na teoria, a dignidade e o tratamento isonômico de direitos são expressamente efetivados a todos os indivíduos, sem distinção de cor, gênero ou condição socioeconômica. Contudo, na prática, conforme os dados analisados na presente pesquisa, conclui-se que há uma violação na aplicabilidade desses direitos fundamentais, que ocorre em âmbito Municipal, Estadual e Federal, gerando um descaso para com os mais necessitados, aumentando o índice da mistanásia em diversos graus.

Diante disso, a problemática que norteia a presente pesquisa diz respeito a como enfrentar a mistanásia no Brasil. É importante destacar que a mistanásia se origina de

vários fatos geradores, ou seja, pode ser ocasionada pelo: preconceito, fome, desigualdade, racismo, pobreza, entre outros, bem como, é agravada com o advento da pandemia de covid-19, doença respiratória aguda que ceifou um número exacerbado de vítimas em todo o território nacional, conforme os dados disponibilizados pelo Ministérioda Saúde.

Partindo dessa premissa, o enfrentamento da mistanásia no Brasil deve ser feito de forma conjunta entre o poder Estatal e a sociedade, isto é, o papel do Estado como garantidor legal é estabelecer que todos os indivíduos tenham acesso aos mesmos direitos fundamentais (vida, saúde, trabalho, lazer, dignidade, entre outros), ao assegurar esses direitos, o Estado cumprirá a sua função social de maneira plena. Nesse mesmo sentido, a sociedade também tem esse dever, isto é, por meio do respeito às diferenças físicas, sexual, cultural, religiosa e até mesmo econômica de cada indivíduo, acolher e amparar aqueles em situação de vulnerabilidade.

Com efeito, é notório que o enfrentamento da mistanásia no Brasil exige uma mudança no comportamento humano, sob a luz da ética e moralidade. Como sabemos, a mistanásia é um processo estrutural enraizado na nossa história até os dias atuais, que lamentavelmente se desenvolve em decorrência de caso fortuito (o comportamento humano, toda e qualquer forma de descaso, preconceito e desamparo para com a vida de outrem) e força maior (evento da natureza, no caso da pandemia de covid-19, que agravou o processo da mistanásia pré-existente, decorrente dos fatos geradores apresentados na presente pesquisa).

Por fim, com base nos dados coletados conclui-se que, para enfrentar a mistanásia no Brasil é necessário combater diretamente os fatos geradores que causam tal situação. Esse combate é diário e constante, por meio do acolhimento, amor e respeito às diferenças alheias, assim como, principalmente, a implementação plena de direitos sociais. O Estado, como garantidor legal desses direitos, deve aplicar corretamente a destinação de suas políticas públicas já previstas na Constituição Federal, priorizando os indivíduos mais necessitados, com isso, enfrentar-se-á a mistanásia no Brasil.

## REFERÊNCIAS

LIMA, Walber Cunha. **Bioética, mistanásia e direitos humanos: morte social e perspectivas para o seu enfrentamento. 2017.** 236f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio

Grande do Norte, Natal, 2017.

AMARAL, Francisco. **O poder das Ciências Biomédicas**: Os direitos humanos como limite. A moralidade dos atos científicos. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Osvaldo Cruz, 1999. p. 36.

PESSINI, Leo. **Distanásia:** Até quando prolongar a vida? 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

MARTINS, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm> Acesso em: 14 de out. 2021.

Organização Mundial da Saúde. (2011).

Assembleia Geral da ONU. (1948). "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**" (217 [III] A). Paris.

BRASIL. Lei n° 7.716, de 5 de janeiro de1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 16 de out. 2021.

MINISTERIO DA SAÚDE. **Brasil confirma primeiro caso da doença**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>. Acesso em: 16 de out. 2021.

MADEIRO, Carlos. **Chances, sobrevida e capacidade: como se escolhem pacientes na fila de UTI.** (Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/05/chances-sobrevida-e-idade-como-e-a-escolha-de-pacientes-na-fila-de-uti.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 23 de out. 2021.

A SUCESSÃO DE ERROS QUE LEVOU À CRISE DE OXIGÊNIO EM MANAUS. Poder 360, 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/a-sucessao-erros-manaus-dw/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** teoria geral das obrigações. Vol. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002 b.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Situação epidemiológica: doença pelo coronavírus 2019**. Boletim COE COVID-19 2020; (13).<https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/21/BE13---Boletim-do-COE.pdf> Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2021.
STF – **ADPF 45 DF**, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 29/03/2014.

STJ, **MS n. 8.895/DF**, Rela. Mina. Eliana Calmon, Diário da Justiça Eletrônico de 7-6-2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. Atlas. 2007. p. 41. ADI 6341- Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>Acessado em: 07 nov. 2021.

BRASIL. **Medida provisória nº 926, de 20 de março de 2020**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**,** Poder Executivo, Brasília, DF, 20 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. p.6, 2009**. Disponível em. <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Sele cao.pdf>. Acesso em: 07 de nov. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Brasília, 23 de dezembro de 2009.

FALCÃO, Maria do Carmo Brant. **A seguridade na travessia do Estado assistencial brasileiro.** In: SPOSATI,Aldaíza. Os direitos (dos desassistidos) sociais. São Paulo: Cortez, 1989, p. 23.

# O RACISMO INSTITUCIONAL E OS DESAFIOS PELA BUSCA DE IGUALDADENO ATENDIMENTO DOS SISTEMAS DE SAÚDE

Lívia Lorena Silva Araújo[1]
Walber Cunha Lima[2]

**RESUMO**

O presente artigo propõe-se a refletir acerca do Racismo Institucional, focando em como este sistema de desigualdade, que abrange a discriminação em razão da cor da pele, e ocorre dentro da maioria das instituições, afeta principalmente a população negra. Priorizaremos tal parcela da sociedade, tendo em vista a constatação de forte reflexão do racismo na aplicação das políticas sociais, em particular no segmento relacionado à saúde das populações, substancialmente no atendimento prestado nas unidades públicas vinculadas ao Sistema Único de Saúde (SUS). Outrossim, é de suma importância percebermos que fatores como a invisibilidade das doenças que são mais prevalecentes nos grupos populacionais formados por pessoas negras e a dificuldade de acesso aos serviços de saúde, determina diferenças nos perfis de adoecimento e morte entre brancos e negros. Através de pesquisas bibliográficas, poderemos compreender que o racismo institucional opera de forma a induzir e condicionar a organização e a ação do Estado, suas instituições e políticas públicas, produzindo e reproduzindo a hierarquia racial, além de gerar desigualdade na distribuição de benefícios, serviços e oportunidades. Por isto, devem ser encontrados meios efetivos para a desconstituição do racismo em todas as vertentes. É essencial a implementação de políticas públicas que provoquem um processo de desracialização, assim como gerar reflexões acadêmicas de como esses mecanismos operam-se na sociedade. Ademais, o presente artigo manterá a temáticado Racismo Institucional presente nos sistemas de saúde, dando ênfase ao Sistema Único de Saúde (SUS), sistema adotado pelo Governo Federal a partir da ConstituiçãoFederal de 1988.

[1] Discente do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail:livialorenasa@outlook.com.
[2] Professor-orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitáriodo Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br.

**Palavras-chave:** Racismo institucional. Políticas públicas. Saúde. SUS. Discriminação racial.

## INSTITUTIONAL RACISM AND THE CHALLENGES FOR THE SEARCH FOREQUALITY IN THE CARE OF HEALTH SYSTEMS

### ABSTRACT

This article proposes to reflect on institutional racism, focusing on how this system of inequality, which encompasses discrimination based on skin color, and occurs within every institution, mainly affects the black population. We will prioritize this part of society, bearing in mind that there is a strong reflection of racism in the application of social policies, in particular no segment related to the health of sources, no care provided in public units linked to the Unified Health System (SUS). Furthermore, it is extremely important to realize that factors such as the invisibility of diseases that are more prevalent in population groups formed by black people and a difficulty in accessing health services determine differences in the illness and death profiles between whites and blacks. Through bibliographical research, we will be able to understand that institutional racism operates in a way to induce and condition the organization and action of the State, its institutions and public policies, producing and reproducing the racial hierarchy, in addition to generating inequality in the distribution of benefits, services and opportunities. For this reason, effective means must be found for the deconstruction of racism in all its aspects. It is essential to implement public policies that lead to a process of deracialization, as well as to generate academic reflections on how these mechanisms operate in society. Furthermore, this article will maintain the Institutional Racism theme present in health systems, emphasizing the Unified Health System (SUS), a system adopted by the Federal Government since theFederal Constitution of 1988.

**Keywords:** Institutional racism. Public policy. Health. SUS. Racial discrimination

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, irá abordar como o racismo institucional surge no campo da saúde, dando predominância ao Sistema Único de Saúde (SUS), sistema utilizado no Brasil, instituído a partir da Constituição Federal de 1988.

Ademais, este trabalho de pesquisa tem como finalidade analisar como surgiu o racismo institucional, identificar como este se encontra no campo da saúde pública, e posteriormente, definir soluções e políticas públicas para combatê-lo.

Destarte, o racismo institucional atua de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, provocando uma desigualdade na distribuição de serviços, benefícios e oportunidades aos diferentes segmentos da população do ponto de vista racial. Entrando diretamente no campo da saúde, e pensando no atendimento público em saúde no Brasil, por meio do SUS, os princípios deste são: a universalidade, a equidade e a humanização das práticas médicas.

Entretanto, existem dispositivos institucionais que atuam como "políticas de exceção", que delimitam zonas diferenciadas de cidadania entre cidadãos, conforme raça, classe e gênero. Ou seja, parte da população é excluída, não tendo acesso à um sistema de saúde digno.

Além disso, estudos apontam o perfil das desigualdades raciais no acesso a serviços e a procedimentos em saúde, além dos diferenciais de mortalidade em alguns casos, como a mortalidade materna e infantil, ou do fato de que doenças de maior incidência entre a população negra não são tratadas como um problema de saúde pública. A construção social da desigualdade de oportunidades entre brancos e negros, condiciona a sua forma de viver como grupos sociais, ou seja, o espaço social que brancos e negros ocupam na sociedade afeta diretamente o processo saúde, doença e morte.

Diante do exposto, o trabalho busca visualizar como se comporta o racismo institucional no sistema de saúde pública. Destarte, os meios efetivos para desconstitui-lo, seriam a implementação de políticas públicas que provoquem um processo de desracialização, assim como, gerar reflexões de como operam esses mecanismos. Na área da saúde, é importante estimular discussões e desenvolver estudos que proporcionam visibilidade às iniquidades e contribuem para entender como as discriminações atuam na saúde da população negra.

Por conseguinte, as políticas públicas irão corrigir um histórico de desigualdades e desvantagens sofridas por um grupo étnico-racial frente a um Estado nacional que o discrimina negativamente. Devido a isso, o que motiva essas políticas é a ideia de que essas desigualdades tendem a se perpetuar caso o Estado continue utilizando os mesmos princípios considerados universalistas (mas que, na prática, favorecem apenas alguns setores da sociedade).

De mais a mais, na medida em que essas políticas públicas forem implementadas, o racismo institucional que há tantos anos é perpetuado pelo Estado, e atinge preponderantemente o sistema público de saúde, será extinto, e assim, reverterá a desigualdade racial presente neste campo social.

Ademais, no presente artigo será abordado o pensamento de Foucault em suas obras, em que o racismo, seria desenvolvido, primeiramente, com a colonização, isto é, com o genocídio colonizador. Nesta perspectiva, o racismo de Estado está relacionado com a biopolítica.

Para Foucalt, o racismo foi um mecanismo de poder para os Estados modernos. Desta forma, a relação entre poder estatal e racismo passou a ser estreita na modernidade.

Assim, surge então a seguinte problemática: Quais políticas públicas devem ser realizadas, para combater o racismo institucional no campo da saúde, tendo em vista a grande predominância desse problema em nosso país?

Essa e outras questões pertinentes a temática abordada serão analisadas ao longo do desenvolvimento da presente pesquisa.

## 2. DO RACISMO ESTRUTURAL AO RACISMO INSTITUCIONAL

O racismo possui diversas formas de manifestar-se, entretanto, a principal forma é a estrutural, ou seja, o racismo integra a organização econômica e política da sociedade de forma inescapável. Para Almeida (2019, p. 15.) o "racismo é a manifestação normal de uma sociedade, e não um fenômeno patológico ou que expressa algum tipo de anormalidade".

É de suma importância compreendermos que o racismo estrutural e o racismo institucional descrevem fenômenos distintos.

Portanto, o racismo estrutural, é a discriminação racial que já está enraizada na sociedade, ou seja, racismo estrutural não diz respeito a um ato discriminatório isolado, mas sim, representa um processo histórico em que condições de desvantagens e privilégios a determinados grupos étnico-raciais são reproduzidos nos ambientes políticos, econômicos, culturais e nas relações cotidianas.

Ou seja, o racismo estrutural expressa-se nas desigualdades raciais presentes na sociedade, sejam elas econômicas, políticas ou jurídicas.

Já no que se refere ao racismo institucional, Almeida (2019) diz que este não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como o resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça.

Além disso, a desigualdade racial é uma característica da sociedade, e esta não decorre apenas da ação isolada de grupos ou de indivíduos, e sim, das instituições que são compostas por grupos raciais, que utilizam destes mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos (ALMEIDA, 2019).

O racismo institucional é a principal causa pela qual há tanta desigualdade. Neste, o Estado, com sua plena hierarquia, prioriza a população branca e privilegiada, excluindo, então, majoritariamente a população negra, que por questões históricas e sociais, é extremamente inferiorizada.

Outrossim, o racismo institucional está presente em toda e qualquer atividade relacionada com as instituições, sejam elas públicas ou privadas. Ademais, este tipo de discriminação ocorre muitas vezes de maneira velada e discreta, sendo muitas vezes naturalizada cotidianamente.

> Uma das características das práticas de discriminação indireta vigentes no Brasil é que ela costuma aparecer de maneira dissimulada, sendo por vezes de difícil identificação mesmo para aqueles que sofrem na pele os seus efeitos. (OLIVEIRA, 2004, p. 82).

Desta maneira, vemos que o racismo e a saúde da população negra estão intrinsecamente ligados, visto que, por ser inferiorizada e discriminada, a população negra acaba por ter as maiores taxas de doenças e mortalidade, enquanto a população branca, não se encontra em tais circunstâncias.

> Além da inserção social desqualificada, desvalorizada (vulnerabilidade social)

> e da invisibilidade de suas necessidades reais nas ações e programas de assistência, promoção de saúde e prevenção de doenças (vulnerabilidade programática), mulheres e homens negros vivem em um constante estado defensivo. Essa necessidade infindável de integrar-se e, ao mesmo tempo, proteger-se dos efeitos adversos da integração, pode provocar comportamentos inadequados, doenças psíquicas, psicossociais e físicas (vulnerabilidade individual). (LOPES, 2003).

Ademais, para enfrentar tais limitações, é preciso compreender um pouco mais o racismo, reconhecido em sua dimensão ideológica que conforma as relações de poder na sociedade, participando, portanto, das políticas públicas, uma vez que estas estão entre os mecanismos de redistribuição de poder e riqueza existentes. Ou seja, é preciso se aprofundar acerca das políticas públicas, e compreender que estas, possuem a função de encontrar soluções para os problemas presentes na sociedade.

Para López (2012), o racismo institucional se dá de forma mais discreta e amena:

> O racismo apresenta-se, ao mesmo tempo, aberto e encoberto, em duas formas estreitamente relacionadas entre si. Quanto à forma individual, o racismo manifesta-se em atos de violência de indivíduos brancos que causam mortes, danos, feridas, destruição de propriedade, insultos contra indivíduos negros. Já com a forma de racismo institucional, aparece menos identificável, em relação aos indivíduos específicos que cometem esses atos, mas não por isso menos destrutivo de vidas humanas. Origina-se no funcionamento das forças consagradas da sociedade, e recebe condenação pública muito menor do que a primeira forma. (LÓPEZ, 2012, p.127).

Portanto, o racismo institucional se instaura no cotidiano organizacional, inclusive na implementação efetiva de Políticas Públicas, gerando de forma ampla mesmo que difusa, desigualdades e iniquidades. Como o enfoque nessa abordagem refere-se a uma prática organizacional, o racismo institucional pode ser definido como o fracasso coletivo das organizações e instituições em promover um serviço profissional e adequado às pessoas em razão da sua cor, cultura, origem racial ou étnica (CRI, 2006).

## 2.1 CONCEITO DE RACISMO INSTITUCIONAL

Partindo para o conceito de racismo institucional, uma das vertentes presentes no racismo, este, pode ser definido como o fracasso coletivo de uma organização para prover um serviço apropriado e profissional para as pessoas por causa de sua cor,

cultura ou origem étnica.

Destarte, o racismo institucional pode ser visto ou detectado em processos, atitudes e comportamentos que totalizam em discriminação por preconceito involuntário, ignorância, negligência e estereótipo racista, causando desvantagens a pessoas de minoria étnica. Ou seja, o racismo institucional vem decorrente de um preconceito estereotipado, involuntário. O Estado é racista, então a sociedade, em sua ignorância, passa a também ser.

Pontuando diretamente a respeito do racismo institucional, trata-se, segundo Hamilton Carmichael de:

> Já o racismo institucional (RI), que possivelmente é a dimensão mais negligenciada do racismo, desloca-se da dimensão individual e instaura a dimensão estrutural, correspondendo a formas organizativas, políticas, práticas e normas que resultam em tratamentos e resultados desiguais. É também denominado racismo sistêmico e garante a exclusão seletiva dos grupos racialmente subordinados, atuando como alavanca importante da exclusão diferenciada de diferentes sujeitos nesses grupos. O conceito foi cunhado pelos ativistas do grupo Panteras Negras, Stokely Carmichael e Charles Hamilton, em 1967, como capaz de produzir: "A falha coletiva de uma organização em prover um serviço apropriado e profissional às pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica" (CARMICHAEL**,** 1967, p. 4);

Outrossim, é notório que o Racismo Institucional atua de forma a induzir, manter e condicionar a organização e a ação do Estado, as suas instituições e políticas públicas, atuando também nas instituições privadas, produzindo e reproduzindo a hierarquia racial. Sua efetivação acontece quando é permitida a realização de privilégio para uns, em detrimento de outros.

> O racismo institucional, compreendido como o fracasso coletivo no atendimento com qualidade aos grupos sociais estigmatizados pela cor ou pela etnia, afeta, de forma significativa, a população negra no campo da saúde. A falsa democracia racial no Brasil, que “invisibiliza” o racismo, e, em consequência, as doenças que atingem de forma mais específica esses coletivos, dificultando o acesso aos serviços de saúde assim como a qualidade da atenção à saúde, tem sido determinante importante nos perfis de adoecimento e morte dos afrodescendentes. (LOUREIRO; ROZENFELD, 2005; LOPES, 2005a; BATISTA et al, 2005)

Dessa perspectiva, "racismo institucional" equivaleria a ações e políticas institucionais capazes de produzir e/ou manter a vulnerabilidade de indivíduos e grupos sociais vitimados pelo racismo.

Destarte, no Brasil, o conceito de Racismo Institucional obteve destaque a

partir de meados dos anos 1990, com a formulação de programas e políticas de promoção da equidade racial. É na área da saúde que o conceito se desenvolve preponderantemente, com o surgimento do chamado Programa de Combate ao Racismo Institucional (PCRI), desenvolvido pelo Ministério da Saúde em colaboração com algumas prefeituras, entre os anos de 2004 e 2006.

## 2.2 DO PROGRAMA DE COMBATE AO RACISMO INSTITUCIONAL (PCRI)

O Programa de Combate ao Racismo Institucional (PCRI) desenvolveu-se junto a organizações públicas, tendo como objetivo dar um novo impulso na produção da equidade de oportunidade e de tratamento entre os diversos grupos raciais que compõem a população brasileira. Ademais, o PCRI foi implementado em 2005 por meio de uma parceria que conta com a participação da Seppir, do Ministério Público Federal (MPF), do Ministério da Saúde (MS), da Organização Pan-Americana de Saúde (Opas), do Departamento Britânico para o Desenvolvimento Internacional e Redução da Pobreza (DFID) e do Programa das Nações Unidas para oDesenvolvimento (Pnud).

O PCRI visa resgatar o debate de como o setor público poderia desenvolver atividades efetivas de combate ao racismo e à discriminação racial de uma forma inovadora. Assim, o programa parte do pressuposto de que os tratamentos desiguais têm como base as práticas dos corpos funcionais das instituições, e essas práticas devem ser tornadas visíveis, combatidas e prevenidas por meio de novas normas, procedimentos e cultura institucional (PCRI, 2006).

Previsto para funcionar por um período de dois anos, o PCRI passou a ser implementado em 2005, por meio de uma parceria entre várias organizações e terminou oficialmente no final de 2006. O programa teve dois grandes objetivos: fortalecer a capacidade do setor público na identificação e prevenção do racismo institucional e fomentar a participação das organizações da sociedade civil organizada no diálogo sobre Políticas Públicas.

No âmbito federal, o programa foi desenvolvido pelo Ministério da Saúde e pretendia contribuir para a redução das iniquidades raciais em saúde, colaborando na formulação, implementação, avaliação e monitoramento de políticas que promovessem a igualdade racial no Sistema Único de Saúde (SUS).

Entretanto, com o fim do programa e da parceria institucional que o mantinha,

o Ministério da Saúde passou a desenvolver a chamada Campanha de Combate ao Racismo Institucional, que tem como objetivo principal sensibilizar e capacitar os gestores e profissionais da área de saúde para o tratamento do tema. O enfrentamento do racismo institucional é um compromisso do Estado brasileiro, incorporado no Plano Plurianual (2012-2015). O reconhecimento do problema, bem como o compromisso com a construção de soluções está, portanto, explicitamente assumido pelo Estado. Resta, agora, a construção de caminhos e instrumentos que facilitem e impulsionem a condução desse processo.

## 3. DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O Sistema Único de Saúde (SUS) tem princípios como a universalidade e a equidade, que garante o acesso aos serviços públicos de saúde sem restrições ou diferenças. A população negra, no quesito saúde, possui presença majoritária entre usuários do SUS. Além disso, apresentam os piores indicadores sociais e de saúde, sendo estes, verificáveis a partir da desagregação de dados segundo raça/cor. Ou seja, mesmo parte da população sendo majoritariamente negra, os negros não possuem direitos à saúde de maneira igualitária para com a população branca.

Ademais, de acordo com relatos, a discriminação e a seletividade ocorrem de maneira extremamente comum no Sistema Único de Saúde (SUS). Segundo dados do Ministério da Saúde, uma mulher negra recebe menos tempo de atendimento médico do que uma mulher branca. Enquanto 46,2% das pacientes brancas tiveram acompanhamento no parto, apenas 27% das negras utilizaram esse direito. Além disso, as taxas de mortalidade materna e infantil na população negra são muito acima das registradas entres as mulheres e crianças brancas (BRASIL, 2014).

Outrossim, vejamos dados a respeito da discriminação sofrida no sistema de saúde pública, da pesquisa nacional sobre Discriminação Racial e Preconceitos de Cor no Brasil (2003):

> 3% da população brasileira já se percebeu discriminada nos serviços de saúde. Entre as pessoas negras que referiram discriminação, 68% foram discriminadas no hospital, 26% nos postos de saúde e 6% em outros serviços não especificados. Em sua maioria, o agente discriminador foi o médico e, ainda que isto tenha sido percebido, poucos buscaram denunciar o ato. Entre aqueles que o fizeram, ninguém relatou ter sido informado sobre as providências tomadas pela instituição para reverter o quadro. (LOPES, 2005, p.20).

Ora, as instituições públicas devem se pautar por princípios de igualdade na diversidade, principalmente o Sistema Único de Saúde (SUS), sistema utilizado em nosso país, haja vista que, a questão da equidade em saúde está presente nas normas e diretrizes da presente instituição. Entretanto, na prática, não é essa a realidade que presenciamos. Os profissionais, em sua maioria, são extremamente seletivos, além de, muitas vezes, não haver uma preocupação genuína no que se refere a saúde da população negra.

> Os estudos do IPEA sobre a saúde no Brasil apontam que, nos atendimentos e internações do SUS em 2003 no País, desagregando os dados por cor/raça, a proporção para os negros foi de 76% e 81%, respectivamente, revelando "fortes indícios do quanto a população negra é 'SUS-dependente'". (IPEA, 2008, p.6)

Diante disto, é preocupante o desconhecimento dos profissionais a respeito das vulnerabilidades presentes em relação a saúde da população negra.

> O desconhecimento dessas doenças é decorrente da invisibilidade da questão racial no Brasil, da naturalização da ideia de que somos todos iguais. Essa ideologia tem causado a morte de inúmeros cidadãos, lembrando que a falta de informação dos agravos que acometem a saúde da população negra é uma das formas do racismo institucional. Este se refere aos "interesses, ações e mecanismos de exclusão perpetrados pelos grupos racialmente dominantes". (WERNECK, 2005, p.339).

Além disso, dados de diversas pesquisas confirmam que a população negra presente no Brasil, em sua maioria, é sus-dependente. Vejamos:

> De acordo com o IPEA, em 2008, a população negra representava 67% do público total atendido pelo SUS, e a branca 47,2%. A maior parte dos atendimentos concentra-se em usuários (as) com faixa de renda entre um quarto e meio salário mínimo, distribuições que evidenciam que a população de mais baixa renda e a população negra são, de fato, SUS-dependentes (BRASIL, 2017**,** p. 13)

Ora, o SUS tem como princípio básico a equidade, por isso, os serviços e tratamentos de saúde devem ser oferecidos de maneira diferenciada e específica para os desiguais, visando reduzir as diferenças de vulnerabilidade das populações. Entretanto, como está claro, a população negra está submetida à vulnerabilidade de várias patologias pelo processo histórico de exclusão social, econômica, política e cultural, e mesmo diante desta situação, o Sistema Único de Saúde não está atendendo

a demanda e ao cuidado que a população negra necessita.

No âmbito do Sistema Único de Saúde, tanto o modelo sanitarista quanto o modelo privatista não têm conseguido dar respostas efetivas as necessidades sociais,no que se refere à execução e gerenciamento da política de saúde voltada aos negros, pois são medidas "excludentes, seletivas, fragmentadas, altamente incapazes de alterar os níveis de saúde da população negra determinada por condições sociais desfavoráveis ao seu desenvolvimento humano". (Correia, 2014, p. 69).

## 4. O CONCEITO FOUCAULTIANO DE RACISMO

Em suas obras, Michel Foucault aborda o racismo de Estado como uma forma de estratégia biopolítica. Nesse ínterim, será utilizado um discurso biológico, que está presente nas esferas de poder, de modo que a população passa a ser governada levando em conta as suas características biológicas. Ou seja, a posição social em que você se encontrará, depende de suas características biológicas.

Além disso, Foucault entende que "o discurso da guerra de raças, fundamentaria a conquista e a subjugação de uma raça por outra, desde o século XVII" (FOUCAULT, 1997, p. 51; 2010a, p. 64). Outrossim, além do racismo dirigido ao âmbito exterior, há também o racismo dirigido a própria sociedade à qual pertenceo sujeito do racismo.

> O discurso biológico social, ainda está infiltrado no corpo social e favorece a criação e manutenção de instituições que retroalimentam o "discurso da luta de raças como princípio de eliminação, de segregação e, finalmente, de normalização da sociedade". (FOUCAULT, 1997, p. 53, 2010a, p. 65).

Outro pensamento abordado por Foucault em suas obras, é que o racismo, seria desenvolvido, primeiramente, com a colonização, isto é, com o genocídio colonizador. Nesta perspectiva, o racismo de Estado está relacionado com a biopolítica se considerarmos que:

> (...) a biopolítica é uma tecnologia de governo que "faz viver" aqueles grupos populacionais que melhor se adaptam ao perfil de produção necessitado pelo Estado capitalista e, ao contrário, "deixa morrer" aos que não servem para fomentar o trabalho produtivo, o desenvolvimento econômico e a modernização (CASTRO-GÓMEZ, 2007, p.157).

O racismo foi um mecanismo de poder para os Estados modernos. Seguindo a linha de pensamento de Foucault, a relação entre poder estatal e racismo passou a ser estreita na modernidade.

> O racismo está ligado ao funcionamento de um Estado obrigado a se servir da raça, da eliminação das raças e da purificação da raça, para exercer seu poder soberano". (FOUCALT, 1997, p. 230; 2010a, p. 233).

Ou seja, de acordo com Foucault, o racismo institucional sempre esteve presente nas instituições e na sociedade, haja vista que, segundo o pensamento da época, para uma sociedade se desenvolver e crescer, quem deveria estar no comando eram pessoas privilegiadas e marcadas por características biológicas consideradas padrões, isto é, os brancos, haja a vista a sociedade ser extremamenteelitista.

Partindo deste pensamento de Foucault, nota-se que até hoje o Estado continua sendo racista ao exercer suas atividades em instituições públicas e privadas, a julgar por apenas parte da população ser privilegiada, enquanto outra parte é completamente excluída e discriminada. Este racismo institucional presente em nossa sociedade, prejudica, majoritariamente, a população negra, e por isto, esta parte da população possui os piores indicadores sociais.

## 5. DA LEGISLAÇÃO: DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE, GARANTIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DA PUNIÇÃO ASSEGURADA POR CRIMES RESULTANTES DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL.

A legislação vigente em nosso país, juntamente com a aplicação de políticas públicas, são as formas mais eficazes para o combate ao racismo institucional presente no sistema de saúde pública. Desta maneira, vejamos o art. 196 da Constituição Federal de 1988, o qual trata-se a respeito do segmento saúde, *in verbis*:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Desta forma, com o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ao afirmar em seu artigo 196 na seção "Da Saúde", que a saúde é "direito de todos e

dever do Estado" têm-se um dos passos mais importantes na história da luta da construção de uma saúde pública de qualidade no Brasil.

Agora, vejamos o art. 5º, caput, também da nossa Constituição Federal:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

Ora, como previsto em nosso texto constitucional, o direito a saúde é direito de todos, e é dever do Estado proporcionar um sistema digno de saúde para toda a população brasileira. Cometer qualquer tipo de discriminação nesse segmento, viola princípios constitucionais intocáveis, como o princípio da legalidade, igualdade e isonomia.

Destarte, o princípio da igualdade, prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. É por meio deste princípio que são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal.

Ora, beneficiar apenas uma parte da população, ao passo de com isso, prejudicar e discriminar outra, fere extremamente os princípios constitucionais.

Ademais, o racismo institucional atua de forma a induzir, manter e condicionar a organização e a ação do Estado, suas instituições e políticas públicas, podendo atuar também nas instituições privadas, produzindo e reproduzindo a hierarquia racial. É por este motivo, que o racismo institucional atinge não só a saúde pública, mas também a saúde privada.

Outrossim, a Lei Federal nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, conhecida também como Lei do Racismo, trata a respeito das punições provenientes de quaisquer tipos de discriminação ou preconceito, seja de origem, raça, sexo, cor e idade. Vejamos o que está previsto no artigo 1º da referida Lei, *in verbis*:

> Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (BRASIL, 1989).

Agora vejamos o art. 3, da Constituição Federal, em seu inciso IV, *in verbis*:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

E o art. 5º, também da Constituição, agora em seu inciso XLI:

> XLI- a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 1988).

De mais a mais, vale destacar também como um grande avanço na Legislação para o combate ao racismo institucional, a criação do Estatuto da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010), sancionado em 20 de julho de 2010, pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Este dispositivo legal foi instituído com o principal objetivo de garantir à população negra a efetiva igualdade de oportunidades na sociedade brasileira, a defesa dos seus direitos individuais e coletivos, além do combate à discriminação e às demais formas de intolerância.

Em seu capítulo IV, o Estatuto da Igualdade Racial (BRASIL, 2010) doutrina sobre as instituições responsáveis pelo acolhimento de denúncias de discriminação racial e orienta cada pessoa sobre os mecanismos institucionais existentes que têm como finalidade assegurar a aplicação efetiva dos dispositivos previstos em lei. É, portanto, em "termos legais" hoje, a principal referência para enfrentamento ao racismo e a promoção da igualdade racial.

Ademais, o referido Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10), inova o ordenamento jurídico, ao trazer a modalidade da discriminação indireta, tendo como um de seus fundamentos a discriminação racial/racismo institucional. Vejamos o art. 1º e 2º, desta Lei, in verbis:

> Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. (BRASIL, 2010).
> Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais. (BRASIL, 2010).

Este Estatuto trouxe grandes avanços para a população negra, no que se refere a conquista de igualdade de direitos, principalmente em relação a saúde e

educação. Partindo diretamente para o campo da saúde, com o foco voltado para o Sistema Único de Saúde (SUS), vejamos o que está previsto no capítulo I, "Do direito a saúde", da Lei nº 12.288/2010, em seu artigo 1º:

> § 1º O acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde (SUS) para promoção, proteção e recuperação da saúde da população negra será de responsabilidade dos órgãos e instituições públicas federais, estaduais, distritais e municipais, da administração direta e indireta. (BRASIL, 2010).

As presentes leis anteriormente citadas, surgiram a partir de um movimento internacional de proteção e combate à discriminação, e que tinha como objetivo promover a igualdade entre os povos.

Vejamos também o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, criada pela Organização das Nações Unidas (ONU), *in verbis:*

> Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).
>
> Art. 2º toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

Entretanto, o crime de racismo, previsto na Constituição Federal, negligencia completamente o racismo institucional, punindo somente as práticas individuais, sem que tenha proposto ações afirmativas, que só foram levadas adiante em virtude de um grande percurso de luta e reconhecimento ao longo das décadas de 1990 e 2000.

Evidencia-se, portanto, que o racismo e outras formas de discriminação ocorrem em nossa sociedade de maneira velada, muitas vezes imperceptível aos olhos de muitos. Desta maneira, apenas com um sistema legislatório que tenha como base o combate a qualquer forma de discriminação, e a aplicação devida das políticas públicas, é que o racismo cometido pelo Estado poderá ser erradicado de uma vez.

## 6. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMBATE AO RACISMO INSTITUCIONAL, E PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL, DIRECIONADAS À POPULAÇÃO NEGRA DO BRASIL

As políticas públicas constituem um fenômeno complexo, e estão sujeitas a uma série de variáveis. Além disso, por estarem sempre se atualizando e evoluindo, as políticas públicas são conhecidas como fenômenos cíclicos. O racismo cometido pelo Estado, atinge várias vertentes e instituições, e a saúde pública também é extremamente afetada, com a população negra sofrendo discriminação racial, abarcando principalmente os usuários do Sistema Único de Saúde. Desta maneira, apenas com a imposição de políticas públicas, este problema poderá ser cessado.

Segundo Celina Souza (2006, p. 26), política pública resume-se ao campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, "colocar o governo em ação" e/ou analisar essa ação (como variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (como variável dependente).

Henriques (2001) frisa a necessidade de se desenvolverem políticas públicas de inclusão social e econômica com preferência racial explícita, de ação afirmativa, que contribuam para romper com a excessiva desigualdade.

Destarte, o racismo está impregnado de forma dissimulada na estrutura da sociedade, pois a cultura racista neste país faz parte de sua formação. Não há democracia quando o próprio Estado de Direito é utilizado para manter desigualdades substanciais e evidenciadas, sobretudo, na cor da pele, sob o pálio da recorrente invocação do princípio da igualdade.

Para atender ao comando constitucional de se construir uma sociedade efetivamente igualitária, é necessário, sem subterfúgios legislativos, administrativos ou de argumentação judiciária, dar oportunidades efetivas à população negra, para que eles possam usufruir dos benefícios que a democracia proporciona, mas que muitas instituições bloqueiam.

Desta maneira, devem ser implementadas políticas públicas, visando extinguir o racismo institucional presente no sistema de saúde brasileiro. Um grande avanço nessa questão, foi com a participação da representação negra no CNS (Conselho Nacional De Saúde), onde foram elaboradas as articulações e ações necessárias para instituição da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (PNSIPN), aprovada pelo CNS em novembro de 2006.

Em 2001, o Programa de Combate ao Racismo Institucional (PCRI) foi criado, em parceria entre o Ministério da Saúde, Ministério Público Federal (MPF), Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e Ministério do Governo Britânico

para o Desenvolvimento Internacional (DFID), entre outros organismos nacionais e internacionais. Este programa, visa cooperar para a implantação de políticas de desenvolvimento e redução de pobreza através do enfrentamento das desigualdades.

O PCRI "considera o combate e a prevenção ao racismo institucional condições fundamentais para a criação de um ambiente favorável à formulação e a implementação sustentada de políticas públicas racialmente equitativas" (PCRI, 2006, p.15).

Para o PCRI, o racismo institucional é:

> O fracasso das instituições e organizações em prover um serviço profissional e adequado às pessoas devido à sua cor, cultura, origem racial ou étnica. Elese manifesta em normas, práticas e comportamentos discriminatórios adotados no cotidiano do trabalho, os quais são resultantes da ignorância, da falta de atenção, do preconceito ou de estereótipos racistas. Em qualquer caso, o racismo institucional sempre coloca pessoas de grupos raciais ou étnicos discriminados em situação de desvantagem no acesso a benefícios gerados pelo Estado e por demais instituições e organizações. (CRI, 2006, p.15).

Ademais, no âmbito do SUS, a ação conjunta do Ministério da Saúde e da Secretaria de Direitos Humanos realizou, no ano de 2014, a campanha "Racismo fazmal à saúde. Denuncie!", por meio de peças publicitárias veiculadas na TV, rádio, meioimpresso e mídias sociais, estimulando as pessoas a denunciar atos de discriminaçãono Sistema Único de Saúde (SUS).

Além disso, o Ministério da Saúde também lançou a campanha "SUS sem Racismo", com a finalidade de alertar para o racismo institucional no âmbito da saúde pública. As ações do Ministério da Saúde e da Secretaria de Direitos Humanos tiveram início no mês da Consciência Negra e marcaram os dez anos da Política de Saúde da População Negra.

Estas campanhas objetivando combater o racismo institucional, tinham como principal finalidade sensibilizar e capacitar os gestores e profissionais da área de saúde para o tratamento do tema.

Outrossim, vejamos o que dispõe a Lei nº 12.288/2010, no Estatuto da Igualdade Racial, em seu artigo 47 e 48, *in verbis*:

> Art. 47. É instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir) como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público

> federal.
> § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão participar do Sinapir mediante adesão.
> § 2º O poder público federal incentivará a sociedade e a iniciativa privada a participar do Sinapir (BRASIL, 2010).
>
> Art. 48. São objetivos do Sinapir:
>
> i.- promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas;
> ii.- formular políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e a promover a integração social da população negra;
> iii.- descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais;
> iv.- articular planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica;
> v.- garantir a eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas (BRASIL, 2010).

Com estes e outros programas, o racismo institucional pode, aos poucos, diminuir substancialmente. Entretanto, o Estado deve aplicar essas políticas, e a sociedade também deve compreendê-las e aplicá-las no dia a dia.

De mais a mais, também é ofertado pelo Ministério da Saúde, online e gratuitamente, o curso à distância "Saúde da População Negra", pela Universidade Aberta do SUS (UNA-SUS), em que o tema racismo institucional é abordado, além de realização de ações educativas a respeito do tema.

Alguns Estados do Brasil, já vem avançando consideravelmente no que se refere a implementação de políticas públicas para o combate ao racismo institucional. O Governo do Estado do Rio Grande do Sul adotou o "Programa de Combate ao Racismo Institucional na Atenção Básica", e o Governo do Estado da Bahia, implementou o "Programa de Combate ao Racismo Institucional", nas instituições vinculadas ao SUS no estado.

De mais a mais, o Governo Federal colocou no ar a primeira campanha publicitária que buscou envolver usuários e profissionais da rede pública de saúde na luta contra o racismo. De acordo com informações presentes no portal do Ministério da Saúde, por meio do Disque Saúde 136 é possível denunciar qualquer situação de racismo ou obter informações sobre doenças mais comuns entre a população negra, como por exemplo, o caso do diabetes mellitus (tipo II), cuja taxa de mortalidade, a cada 100 mil habitantes, afeta na população negra 63,2 mil habitantes e, entre a branca, apenas 22,7 mil habitantes.

Além da diabetes tipo II, há também a anemia falciforme, doença grave que deve ser diagnosticada precocemente por meio do teste do pezinho, e é encontrada em maior escala entre a população negra, com incidência que varia de 6% a 10%, enquanto no conjunto da população oscila entre 2% e 6% (BRASIL, 2014).

Portanto, é importante que a população negra tenha conhecimento acerca dessas informações, visando assim, a prevenção contra essas doenças, além da conscientização sobre o tema e o estímulo para a realização de possível denúncia caso ocorram situações de racismo nas instituições, sejam elas públicas ou privadas.

Ademais, através da Portaria nº 344 de 01 de fevereiro de 2017, todos os documentos de coleta de dados adotados pelos serviços de saúde devem trazer a informação sobre raça ou cor do usuário (paciente), através da autodeclaração deste. Segundo o Ministério da Saúde:

> A autodeclaração remete à percepção de cada um em relação à sua raça/cor, o que implica considerar não somente seus traços físicos, mas também sua origem étnico-racial, aspectos socioculturais e construção subjetiva do sujeito. Declarar sua raça/cor é importante para a construção de políticas públicas, pois permite que os sistemas de informação do SUS consolidem indicadores que traduzem os efeitos dos fenômenos sociais e das desigualdades sobre os diferentes segmentos populacionais (PNSIPN, 2017, p.9).

Desta forma, com a imposição de políticas públicas, o racismo institucional presente no campo da saúde, irá diminuir substancialmente, sendo possível, após muitos esforços, ser completamente erradicado.

## 6.1 DA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE INTEGRAL DA POPULAÇÃO NEGRA (PNSIPN)

A PNSIPN (Política Nacional de Saúde Integral da População Negra), reitera a relação entre racismo e vulnerabilidade em saúde, tendo como objetivos: garantir e ampliar o acesso da população negra residente em áreas urbanas, em particular nas regiões periféricas dos grandes centros, às ações e aos serviços de saúde; garantir e ampliar o acesso da população negra que habita em área rural, em particular as populações quilombolas, às ações e aos serviços de saúde; incluir o tema Combate às Discriminações de Gênero e Orientação Sexual, com destaque para as interseções com a saúde da população negra, nos processos de formação e educação permanente dos

trabalhadores da saúde e no exercício do controle social.

Além disso, a PNSIPN também objetiva aprimorar a qualidade dos sistemas de informação em saúde, incluindo o quesito cor em todos os instrumentos de coleta de dados adotados pelos serviços públicos; melhorar a qualidade dos sistemas de informação do SUS no que tange à coleta, processamento e análise dos dados desagregados por raça, cor e etnia; monitorar e avaliar as mudanças na cultura institucional, visando à garantia dos princípios antirracistas e não-discriminatório; além de fomentar a realização de estudos e pesquisas sobre racismo e saúde da populaçãonegra.

Ademais, vejamos o que dispõe o art. 7º da Lei nº 12.288/2010, a respeito da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra:

> Art. 7º O conjunto de ações de saúde voltadas à população negra constitui a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, organizada de acordo com as diretrizes abaixo especificadas:
>
> vi.- ampliação e fortalecimento da participação de lideranças dos movimentos sociais em defesa da saúde da população negra nas instâncias de participação e controle social do SUS;
>
> vii.- produção de conhecimento científico e tecnológico em saúde da população negra;
>
> viii.- desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação para contribuir com a redução das vulnerabilidades da população negra (BRASIL, 2010).

Dessa forma, à medida que o poder público garantir o direito a saúde para a população negra aplicando estas medidas políticas, universais, sociais e econômicas, haverá um grande avanço no que se refere a saúde pública, ligada diretamente ao SUS, e assim, o racismo institucional diminuirá substancialmente.

Assim, com as presentes medidas sendo aplicadas no campo da saúde, o racismo institucional presente no sistema de saúde pública, poderá diminuir substancialmente.

Destarte, há ainda outras questões relevantes. De acordo com a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (2017), a proporção de pessoas que consultam um médico é maior entre pessoas brancas (74,8%), estando a população negra (pretos, 69,5%; e pardos, 67,8%) abaixo da média nacional, que foi de 71,2% em 2016. No que diz respeito à saúde da mulher, além da desigualdade entre brancas e

negras nos exames de mamografia realizados, mencionado anteriormente, há diferenças com relação às consultas de pré-natal (69,8% de mulheres negras atendidas, em detrimento aos 84,9% de mulheres brancas, em dados coletados entre 2011 e 2013), mortalidade materna (60% do total de 1.583 mortes maternas em 2012 eram de mulheres negras, e 34% de mulheres brancas) e, no tocante à sífilis em gestantes, as maiores taxas foram observadas na raça/cor preta (17/100 mil nascidos vivos) e na parda (6,6/100 mil nascidos vivos), em dados de 2013.

No que se refere a índice de mortes pela população negra, vejamos o que mostra a PNSIPN (2017):

> No que se refere à letalidade de afrodescendentes, o aumento de 18,2% na taxa de homicídio de negros entre 2004 e 2014 ao mesmo tempo em que o mesmo indicador associado a não negros diminuiu 14,6%. Com isso observou-se um acirramento da diferença de letalidade entre negros e não negros nessa década. Se no Brasil, para cada não negro morto, em média 2,4 indivíduos com cor preta ou parda sofrem homicídio, no nível das unidades federativas muitas vezes a questão da violência por raça acontece em altas proporções. Por exemplo, em 2014 ao mesmo tempo em que Alagoas era a segunda unidade federativa com a menor taxa de homicídio de não negros [...] era também a unidade federativa com a maior taxa de homicídio de negros, o que implica dizer que, justamente na terra de Zumbi dos Palmares, para cada não negro assassinado, outros 10,6 negros eram mortos (PNSIPN, 2017, p.20).

De acordo com o Ministério da Saúde (2013), A PNSIPN:

> Dentro das principais diretrizes da política estão: inclusão do tema "Racismo e Saúde" nos programas de educação permanente dos trabalhadores e do controle social, a ampliação do movimento social negro nas instâncias de controle social e o desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação que desconstruam os estigmas e preconceitos, reduzam as vulnerabilidades e fortaleçam os laços de solidariedade e respeito mútuo entre os diversos segmentos da população brasileira. (MS, 2013, p.7).

Apesar dos grandes avanços com a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, a questão racial no setor da saúde pública não está totalmente resolvida. Para além da equidade na saúde, há de se reconhecer a existência de desigualdades no acesso aos serviços de saúde, fruto de preconceitos e estereótipos que alimentam atitudes discriminatórias no interior do sistema. Estas põem em xeque não só o princípio da equidade, mas também o da universalidade e da integralidade. Deve-se, portanto, além do estabelecimento de políticas públicas, haver a

conscientização e a instauração de ações afirmativas.

## 6.2 DO CONSELHO NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL (CNPIR)

O conceito de racismo institucional foi reconhecido pelo Estado brasileiro por meio da adoção do Programa de Combate ao Racismo Institucional (PCRI). Como elemento incorporado ao PCRI, que propõe fomentar a participação das organizações da sociedade civil organizada no diálogo sobre políticas públicas, encontra-se a atividade do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNPIR). A criação e o funcionamento do CNPIR é um dos elementos que advêm da tentativa de incorporação de políticas para redução de desigualdades raciais no âmbito do Estado nacional (Lima, 2010; Xavier, 2008).

O CNPIR é um colegiado participativo composto por membros do governo e da sociedade civil (predominantemente representantes de movimentos negros), cuja principal atribuição é propor, em âmbito nacional, políticas de promoção da igualdade racial, com especial ênfase na população negra e em outras populações etnicamente marcadas no Brasil, visando enfrentar o racismo, o preconceito e a discriminação racial e reduzir as desigualdades raciais, inclusive no que tange aos aspectos econômico e financeiro, social, político e cultural (BRASIL, 2003 apud Ipea, 2012).

Ademais, o CNPIR foi criado pela Lei nº 10.678, 23 de maio de 2003, e regulamentado pelo Decreto nº 4.885, de 20 de novembro de 2003), com alterações feitas pelo Decreto nº 6.509, de 16 de julho de 2008, os quais dispõem sobre a composição, a estruturação, a competências e o funcionamento do Conselho.

O CNPIR integra a estrutura básica da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), instituída no início do governo de Luís Inácio Lula da Silva, em 2003. A criação da SEPPIR foi essencial para coordenação das ações vinculadas à temática racial, bem como para a institucionalização das políticas voltadas para a superação das desigualdades raciais e do racismo.

Desta forma, o funcionamento deste órgão colegiado trará muitos benefícios para a população negra, principalmente no que se concerne a esfera da saúde pública, que enfrenta veemente a presença do racismo institucional em sua instituição.

## 7. DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: PROMOÇÃO DA IGUALDADE E GARANTIA DOS DIREITOS BÁSICOS EM PROL DA POPULAÇÃO NEGRA

As ações afirmativas são políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômica. Tratam-se, portanto, de medidas que têm como objetivo combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero, de classe oude casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou noreconhecimento cultural.

A imposição de ações afirmativas, principalmente incluindo-as no campo da saúde, voltado para o SUS, irá promover a igualdade, além de proporcionar direitos considerados básicos de cidadania.

No campo da saúde, não só os pacientes negros sofrem racismo, como também os próprios profissionais de saúde, enquanto negros, são discriminados e inferiorizados. Ademais, as oportunidades para pessoas negras no mercado de trabalho em áreas voltadas para a saúde, não são as mesmas comparadas às oportunidades dadas aos brancos.

De mais a mais, as ações afirmativas, entretanto, são diferentes das políticas antidiscriminatórias. Estas primeiras, atuam preventivamente em favor de indivíduos potencialmente discriminados, ou seja, há uma prevenção a discriminação, além de uma reparação dos efeitos que esta pode trazer.

Portanto, resumidamente, as ações afirmativas são políticas cujo objetivo é assegurar o acesso a direitos comuns básicos, além de combater as desigualdades e desagregar as elites, tornando sua posição mais representativa do perfil demográfico da sociedade e alterando a lógica discriminatória dos processos institucionais.

Destarte, se o racismo é inerente à ordem social, a única forma de uma instituição combatê-lo é por meio da implementação de práticas antirracistas efetivas. É dever de uma instituição que realmente se preocupe com a questão racial investir na adoção de políticas internas que visem promover a igualdade e a diversidade em suas relações internas e com o público externo, remover obstáculos para a ascensão de minorias em posições de direção e de prestígio na instituição; manter espaços permanentes para debates e eventual revisão de práticas institucionais; promover o acolhimento e possível composição de conflitos raciais e de gênero (ALMEIDA, 2019).

## 8. CONCLUSÃO

A ausência reiterada do Estado, em alguns casos, e a baixa qualidade dos serviços e dos atendimentos prestados pelas instituições à população negra em geral, são sinais explícitos do racismo institucional, a partir do qual essas instituições operam historicamente. A constante exigência por dados desagregados e por indicadores capazes de expressar aquilo que cotidianamente vivencia a população negra brasileira não é recente, já percorre um longo caminho e já se sofisticou ao extremo.

Dessa forma, a pesquisa realizada objetivou, sobretudo, apontar o racismo institucional presente no sistema de saúde pública, como um dos determinantes para as desigualdades étnico-raciais em nosso país. É notório que o Brasil passou por transformações importantes que, de certa forma, têm reformulado as agendas, tanto dos estudos sobre as desigualdades em geral, como das desigualdades raciais. Tais transformações estão associadas a mudanças de caráter estrutural, assim como às formas de enfrentamento das desigualdades, via políticas de inclusão social.

Além do combate do racismo institucional dentro das instituições de saúde públicas e privadas, com a implementação de ações no campo da saúde para criar instrumentos concretos para a superação das iniquidades raciais, deve haver também a produção de conhecimento acerca do tema para a população em geral, com a realização de campanhas de conscientização em escolas, faculdades, etc.

Ademais, vale destacar a importância da atuação do Ministério Público diante do caso em tela, haja vista que, constitucionalmente, o MP tem a tarefa de salvaguardar a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais. Portanto, este órgão poderá atuar no controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas afirmativas, além de sensibilizar e potencializar práticas antirracistas no campo da justiça, tão dominada por um invisível racismo institucional.

Entretanto, o caminho ainda é longo, sendo necessárias, portanto, medidas mais coercitivas para assim, o racismo institucional no sistema de saúde pública ser erradicado de uma vez. Políticas públicas e ações afirmativas, além da presença de uma Legislação que vise combater as iniquidades cometidas pelo Estado, devem continuar em execução. Este seria apenas o primeiro passo.

O Sistema Único de Saúde se fundamenta nos princípios éticos de equidade, universalidade e integralidade, bem como nos de hierarquização, descentralização e participação social. Foi idealizado a partir dos movimentos sociais com a finalidade de que toda a população brasileira tenha acesso à saúde global e gratuita, sem qualquer discriminação de etnia ou raça, gênero, situação econômica ou social. Nesse sentido é imprescindível levar conhecimento aos usuários e trabalhadores do SUS da importância das suas diretrizes e dos direitos e deveres de cada um, além da sua responsabilidade na garantia de serviços prestados com qualidade e respeito, independente das características físicas.

Apesar dos avanços na política de saúde, o desequilíbrio que coloca os negros em desvantagem com relação aos brancos ainda se mantém. Para minimizar essa disparidade é fundamental uma atuação mais intensa nos movimentos sociais de organismos da sociedade civil para combater o racismo, juntando esforços no sentido de mudar comportamentos e atitudes que excluem indivíduos tão somente pela questão racial, tanto das pessoas quanto das instituições.

O racismo institucional, mesmo com a implementação de políticas públicas e ações afirmativas, ainda é extremamente presente no Brasil. O país, por ser marcado com um histórico racista e preconceituoso, reproduz atos racistas de maneira enraizada, sendo necessário, portanto, o combate à desigualdade racial, para assim, o racismo estrutural e institucional, também serem erradicados.

No que se refere ao combate da desigualdade racial na sociedade brasileira, é notória a introdução de mudanças nas condições de vida da população negra no Brasil verificada nos últimos anos, que são resultado do efeito combinado de iniciativas governamentais que sustentam a política de promoção da igualdade racial e sociedade civil, a partir de: políticas socioeconômicas gerais que impulsionam a inclusão da população negra; ações para o atendimento à direitos básicos da população negra, por meio da incorporação da perspectiva racial na execução de políticas setoriais, como previsto no Programa Brasil Quilombola e no Plano Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais de Matriz Africana; ações afirmativas para a promoção da igualdade de oportunidades, entre outras medidas tomadas pelo Governo.

Ademais, além das medidas tomadas pelo governo, é de fundamental importância que a sociedade se conscientize acerca do assunto, para assim, a política de

promoção da igualdade racial efetivar-se em sua forma mais plena.

## REFERÊNCIAS

DOS SANTOS, Ivair. **Direitos humanos e as práticas de racismo**. Brasília: Ed. Câmara, 2013.

LOPEZ, L.C. O conceito de racismo institucional: aplicações no campo dasaúde. **Scielo**, 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832012005000004&script=sci_arttext. Acesso em: 28 out.2020.

LOPES, Fernanda; QUINTILIANO, Rachel. Racismo institucional e o direito humano à saúde. **Slideshare**, 2013. Disponível em: https://pt.slideshare.net/EmanuelleAduniGoes/equidade-na-saude. Acesso em:28 out.2020

WERNECK, Jurema. **Racismo institucional: uma abordagem conceitual**. SãoPaulo: Ed. Trama Design, 2014.

WERNECK, Jurema. Racismo institucional e saúde da população negra. **Scielo,** 2016. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/sausoc/2016.v25n3/535-549/pt/. Acesso em: 21 set. 2021.

O QUE SÃO AÇÕES AFIRMATIVAS? **Gemaa (Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa),** Rio de Janeiro. Disponível em: http://gemaa.iesp.uerj.br/o-que-sao-acoes-afirmativas/**.** Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Governo do. Campanha mobiliza a população contra o racismo no SUS. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/editoria/saude/2014/11/campanha-mobiliza- apopulacao-contra-o-racismo-no-sus. Acesso em 17.set.2021

BRASIL, Ministério da Saúde. **Política Nacional de Saúde Integral da População Negra**. Editora do Ministério da Saúde. Brasília, 2007, 60p.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Política Nacional de Saúde Integral da População Negra: uma política para o SUS**. Editora do Ministério da Saúde, 3ª edição, 2ª reimpressão. Brasília, 2017, 44p.

BARROS, João Roberto. O racismo de Estado em Michel Foucault. **Interthesis**, vol n15, 2018. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2018v15n1p1/35796. Acesso em: 21 set.2021.

CASTELO BRANCO, Guilherme. **O racismo no presente histórico. A análise de Michel Foucault**. Kalágatos, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 129-144, jan-jun 2004.

FOUCAULT, Michel. **Defender la sociedad**. Trad. de Horario Pons. Buenos Aires:

Fondo de Cultura Económica, 2010a.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. In: **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul./dez. p. 20-45. 2006.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. Análise preliminar dos dados. 3. ed. Brasília, set. 2008

**POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE INTEGRAL DA POPULAÇÃO NEGRA**. Brasília: SEPPIR, 2007.

CARONE, I. **Breve Histórico de uma pesquisa psicossocial sobre a questãoracial brasileira.** In: CARONE, I.; BENTO, M.A.S. Psicologia social do racismo. Petrópolis: Vozes, 2003.

TAVARES, Natália. OLIVEIRA, Lorena, et al. A percepção dos psicólogos sobre o racismo institucional na saúde pública. **Scielo**, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/j/sdeb/a/jCfZVYPGcL9Sff8MpgtWK6z/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 22 set. 2021.

CRI. **Articulação para o Combate ao Racismo Institucional. Identificação e abordagem do racismo institucional**. Brasília: CRI, 2006.

HENRIQUES, R. Desigualdade racial no Brasil: a evolução das condições de vida na década de 90. Texto para discussão nº 807, **IPEA**, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1968/1/TD_807.pdf> Acesso em: 24 out. 2021

SARAVIA, E. **Introdução à teoria da política pública**. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). Políticas públicas; coletânea, Brasília, ENAP, 2006, v.1. p. 28 a 29.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Boletim de Análise Político-Institucional** – n.4. Brasília: IPEA,2013.

PACE, A. F.; LIMA, M. O. **Racismo Institucional: apontamentos iniciais**. Revista do Difere, v. 1, n. 2, dez. 2011.

BRASIL. Campanha mobiliza a população contra o racismo no SUS. **UnaSUS**, 2014. Disponível em: https://www.unasus.gov.br/noticia/campanha-mobiliza-populacao-contra-o-racismo-no-sus#:~:text=O%20governo%20federal%20coloca%20no,na%20luta%20contra%20o%20racismo. Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. Lei 12.288 de 20 de julho de 2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial;** altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF, 20 de julho de 2010. Acesso em: 24 out. 2021.

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

JACCOUD, L. B. **O combate ao racismo e à desigualdade:** o desafio das políticas públicas de promoção da igualdade racial**.** In: THEODORO, Mário (Org.); JACCOUD, Luciana; OSÓRIO, Rafael; SOARES, Sergei.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição**. Brasília: Ipea, p. 131-166, 2008.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **O Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial na visão de seus conselheiros.** (Relatório de Pesquisa). Brasília: Ipea, 2012. Disponível em: >https://ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatoriosconselhos/120409_relatorio_igualdade_racial.pdf < Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL, **Lei Federal nº 7.716/89 de 05 de janeiro de 1989.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL, **Lei Federal nº 12.288 de 20 de julho de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

Assembleia Geral da ONU. (1948). "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**". 217 (I) A. Paris, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf/ acesso em: 29 out. 2021.

LIMA, M. Desigualdades raciais e políticas públicas: ações afirmativas no governo Lula. **Novos Estudos**, n. 87, p. 77-95, 2010.

XAVIER, L. O papel do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial na gestão da Política de Igualdade Racial. In: WERNECK, J. (Org.). **Mulheres negras:** um olhar sobre as lutas sociais e as políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Grupo Criola, 2008. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/886/81.pdf?sequen ce=1&isAllowed=y. Acesso em: 29 out. 2021.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A política de promoção da igualdade racial no governo federal em 2006 e o Programa de Combate ao Racismo institucional. Brasília:** Ipea, 2009. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9160/1/Igualdaderacial_Cap3.pdf. Acesso em: 31 de out. 2021.

DA SILVA, Eduarda. Racismo institucional e suas repercussões ao acesso à saúde no Brasil. **Congresso Serviço Social**, 2017. Disponível em: https://www.congressoservicosocialuel.com.br/anais/2017/assets/134287.pdf.

Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa e ao Controle Social. **Política Nacional de Saúde Integral da População Negra***: uma política para o SUS* 3. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2017.

ALMEIDA, Sílvio. **Racismo estrutural**: Femininos plurais. São Paulo. Editora Pólen, 2019. Disponível em: https://blogs.uninassau.edu.br/sites/blogs.uninassau.edu.br/files/anexo/racismo_estr utural_feminismos_-_silvio_luiz_de_almeida.pdf. Acesso em: 31 out. 2021.

# **O SENHOR DOS ANÉIS :** UMA ANÁLISE DO PAPEL DO ESTADO NA SOCIEDADE A PARTIR DA OBRA DE J. R. R. TOLKIEN

Válter Henrique Cidade Ferreira[1]
Marco Aurélio de Medeiros Jordão[2]

**RESUMO**

A literatura é um reflexo da alma humana e mostra como enxergamos a realidade ao nosso redor. Em sua obra, O Senhor dos Anéis, Tolkien revela quão danoso aos outros pode ser o poder quando usado apenas em proveito próprio. De forma semelhante ao que ocorre nesse universo literário ficcional, o poder quando mal usado pelo Estado é causador do sofrimento do seu povo, devendo ser limitado. Melhor ainda, esse poder deve ser direcionado para garantir efetivamente a dignidade de todos que habitam o seu território. A presente pesquisa visa comparar o poder absoluto do "Um Anel" na obra de Tolkien, que tem o poder de controlar todos os outros anéis de poder, com o poder dos Estados autoritários. Para isso, será apresentado o poder do "Um Anel" na obra de Tolkien, analisado o poder do Estado discorrendo sobre as teorias que explicam o seu surgimento, analisados os Direitos Humanos, como base para a elaboração das leis que limitam do poder do Estado, e por fim, será discorrido sobre a proteção ao indivíduo prevista na Carta Magna de 1988. Trata-se de pesquisa teórica de cunho bibliográfico com aplicação do método de abordagem hipotético-dedutivo, pois a partir de um universo ficcional será realizada uma análise do poder do Estado identificando por que esse poder deve ser limitado. Como método de procedimento será utilizado o método histórico para discorrer sobre as teorias da origem do Estado, assim como dos direitos humanos. Será utilizado também o método comparativo para contrapor o poder na obra de Tolkien com o poder dos estados autoritários, para ao final demonstrar que esse poder deve ser limitado.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Poder do Estado. Literatura e Direito.

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, Email: vhcidade@gmail.com
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, Email: marfilobr@hotmail.com

**ABSTRACT**

The literature is a reflection of human's soul and it shows how we can see the reality around us. In his literary work, Lord of the Rings, Tolkien reveals how damaging to others can be the power when used only in won profit. Similary to what happens in this fictional literary universe, the power when poorly used by the state causes suffering to his people and should be limited. Better yet , this power should be directed to ensure dignity of all who live in his territory.This research aims to compare absolute power of "The Ring" in Tolkie's work, that has the power to control all Other the Rings of power, with the power of authoritarian States. For that, will be presented the power of "The Ring" in Tolkie's work, analyzing the power of the state and discussing the theories that explain its emergence, human rights analyzed as a basis for the elaboration of laws that limit State power, and finally, It will be discussed about the protection to the individual provided for in the Magna Carta of 1988. It is a theoretical research of bibliographic with application of the hypothetical-deductive approach method, because from a fictional universe, an analysis of the power of the State will be carried out, identifying why this power must be limited. As a method of procedure will be used the historical method to discuss theories of the origin of the State, as well as human rights. The compare method will also be used, to counteract power in Tolkien's work, with the power of authoritarian states, to finally demonstrate that this power must be limited.

**Keywords:** Human rights. State power. Literature and Law.

## 1 INTRODUÇÃO

O século XXI teve início com o retorno de frases governamentais autoritárias já empregadas no passado por governos autocráticos para justificar atrocidades que podem vir a ser cometidas pelo Estado, criando assim um grande anel de poder com o objetivo de garantir a dominação do governante.

Em sua obra, O Senhor dos Anéis, Tolkien mostra como o poder pode ser usado para o domínio e julgo de uma nação. Ao criar o Um Anel, o senhor do escuro, Sauron, adquire o poder de controlar todos os povos da Terra Média. Registra nele as palavras: Um Anel para a todos governar, um Anel para encontrá-los. Um Anel para

todos trazer e na escuridão aprisioná-los.

A partir desse universo ficcional literário é possível demonstrar que governos autoritários provocam sofrimento e revolta, devendo, portanto, o poder do Estado ser limitado para garantir a dignidade de seu povo.

Este artigo tem como objetivo geral comparar o poder do Um Anel na obra de Tolkien com o poder dos Estados autoritários. Ademais, tem como objetivo específico discorrer sobre o poder do Anel na obra de Tolkien, analisar o poder do Estado discorrendo sobre as teorias que explicam o surgimento do Estado Moderno, analisar os Direitos Humanos como finalidade para existência do Estado e, por fim, discorrer sobre a proteção ao indivíduo prevista na Carta Magna de 1988.

A pesquisa utilizou como método de abordagem o método hipotético-dedutivo, partindo de um universo ficcional para realizar uma análise do poder do Estado identificando por que esse poder deve ser limitado. Foi empregado como método de procedimento o método histórico para discorrer sobre as teorias da origem do Estado, assim como dos direitos humanos. Foi utilizado também o método comparativo para contrapor o poder na obra de Tolkien com o poder dos estados autoritários, para ao final demonstrar que esse poder deve ser limitado. Como técnica de pesquisa adotou-se a pesquisa bibliográfica a partir da literatura.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1 A VIDA E O TESTEMUNHO DE J. R.R. TOLKIEN

John Ronald Reuel Tolkien nasceu em Bloemfontein, África do Sul, em 3 de janeiro de 1892, filho do inglês Arthur Tolkien com Mabel Suffield Tolkien. Foi um escritor, filólogo e professor universitário inglês e autor dos livros O Senhor dos Anéis, Hobbit, O Silmarillion, publicada após sua morte, e de toda a mitologia da Terra Média dentre outros contos. O pequeno Tolkien viveu na África do Sul com sua família por quatro anos até a morte de seu pai em 1896, ano em que ele e a sua família se mudaram para Birmingnhan na Inglaterra.

Quando estavam morando na Inglaterra, a sua mãe se converteu do anglicanismo para o catolicismo, fato que levou Tolkien a tornar-se um católico fervoroso. A sua fé católica acabaria no futuro influenciando parte da filosofia da sua obra. Nesse meio tempo, a mãe de Tolkien e de seu irmão Hilary os apresentou aos

contos de fadas. Em 1904, a sua mãe faleceu e temendo que os seus filhos se tornassem novamente anglicanos, ela os confiou aos cuidados do padre jesuíta Francis Xavier Morgan a quem Tolkien descreve como um segundo pai.

Em 1908, Tolkien iniciou a sua vida acadêmica, aprendendo diversas línguas antigas e modernas, como grego, latim, e línguas anglo-saxônicas e célticas como o finlandês e o galês, que acabaram o influenciando a criar os idiomas élficos, o Quenya e o Sindarin, respectivamente. Foi nesse período também que teve contato com a literatura clássica e com várias lendas da mitologia celta e nórdica, pilares importantes para a sua criação literária.

Em 1914, Tolkien foi lutar na Primeira Guerra Mundial e durante esse tempo de conflitos extremos, acabou escrevendo em cadernos as primeiras ideias do que se tornaria a sua mitologia. Em 1916, Tolkien lutou e sobreviveu a Batalha de Sommé. E foi nesse mesmo ano que ele se casou com Edith Bratt com quem teria seus quatro filhos John, Michael, Christopher e Priscilla.

Em 1936, Tolkien escreveu o seu primeiro livro da mitologia da Terra Média o Hobbit, que narra as aventuras do hobbit Bilbo Bolseiro. Entre os anos de 1936 e 1949, houve a composição da trilogia O Senhor dos Anéis, período em que ocorreu a Segunda Guerra Mundial, afirmando Tolkien no Prefácio do livro a Sociedade do Anel que tanto a Primeira quanto a Segunda Grande Guerra foram conflitos que se igualavam em caos e crueldade.

No ano de 1954 foram lançados os dois primeiros livros da trilogia, A Sociedade do Anel e As Duas Torres. Já em 1955 foi lançado o último volume, O Retorno do Rei. No dia, 2 de setembro de 1973, J R R Tolkien faleceu em Bournemouth, Inglaterra.

No prefácio do livro A Sociedade do Anel, Tolkien (2002, XIII) explica que a criação do Senhor dos Anéis foi motivada pelo desejo de um contador de histórias de prender a atenção dos leitores, os divertindo e os emocionando profundamente. E ele verdadeiramente alcançou o seu objetivo. Em 2001, a trilogia foi adaptada pelo diretor Peter Jackson tornando-se um grande sucesso no cinema.

## 2.2 A HISTÓRIA DO PODER DO “UM ANEL”

De acordo com o livro O Senhor dos Anéis e também com o Silmarillion, outro livro de Tolkien, dezenove anéis de poder foram forjados em Eregion, durante a

segunda era pelo elfo Celebrimbor e por Anathar. Três dos dezenove anéis de poder foram forjados apenas pelo elfo Celebrimbor. Anathar era na verdade Sauron, o segundo Senhor do Escuro, servo e general de Morgoth, o primeiro Senhor do Escuro, que tinha sido derrotado ao final da primeira era.

Durante a segunda era, Sauron assumiu a bela forma élfica de Anathar, que significa o senhor das dádivas, e traçou diversos planos malignos para cumprir o objetivo do seu mestre sombrio. Ele havia conquistado a boa vontade de Celebrimbor, o senhor de Eregion, porém, era visto com muita desconfiança por Gil Galad, o alto- rei dos noldor, e seu arauto Elrond, o meio-elfo.

Após adquirir o conhecimento de como criar os anéis de poder, Sauron retornou a Mordor e na Montanha da Perdição forjou em segredo o vigésimo e o mais poderoso dos anéis de poder, o "Um Anel", que tinha por objetivo controlar todos os outros e assim dominar toda a Terra Média. Dentro do poderoso artefato, Sauron pôs toda a sua força e vontade.

No momento em que o Senhor do Escuro colocou o "Um Anel" em seu próprio dedo, os elfos que portavam três dos anéis de poder, chamados Narya, Nenya e Vilya, perceberam o perigo que Sauron representava e os tiraram e os esconderam, para que Sauron não descobrisse esses anéis nem os controlasse. Por causa disso, Sauron declarou guerra não só contra os elfos, mas também contra todos os povos livres da Terra Média, e nesse período Eregion foi destruída e o seu senhor Celebrimbor foi morto por aquele que acreditava ser seu amigo.

Os sobreviventes de Eregion se uniram a Elrond e fundaram Valfenda, no vale de Imladris. Porém, no conflito que destruiu Eregion, Sauron recuperou os outros dezesseis anéis de poder, dando nove deles aos humanos e sete aos anões. Os nove humanos que receberam os anéis de Sauron se mostram ser os mais suscetíveis a se corromperem pelo poder do "Um Anel" e acabaram se tornando os temíveis espectros Nazgûl, os mais fiéis e temíveis servos e generais do Senhor do Escuro. Já os anões eram mais difíceis de serem dominados e não se tornaram servos do mal, porém a sua ganância por metais preciosos se tornou muito intensa e os anéis que possuíam desapareceram, sendo devorados por dragões e outros sendo recuperados por Sauron. Esses dias sombrios somente terminaram com a aliança entre Gil Galad e os homens do reino Númenor, e Sauron retornou para Mordor.

Mas com o tempo os númenorianos acabaram se tornando extremamente

orgulhosos e também temerosos com a finitude da vida e começaram a ter inveja da imortalidade dos elfos e a desobedecer os ensinamentos dos Valar, seres divinos que surgiram antes da criação do mundo por Eru Ilúvatar, o deus criador.

O último rei de Númenor, Ar-Pharazôn, o dourado, entrou em conflito contra Sauron que deixou o seu anel de poder em Barad-Dûr, a sua fortaleza sombria, e se entregou às forças do rei númenoriano. Mas logo o senhor do escuro acabou ganhando a boa vontade e a amizade do rei e colocou em prática a ruína de Númenor, convencendo o próprio rei e seus súditos a adorarem o seu mestre, Morgoth. Aqueles que continuassem a adorar os Valar eram perseguidos e mortos.

Quando o rei começou a envelhecer, Sauron o convenceu a atacar o reino de Vallinor para adquirir a imortalidade e a juventude eterna e, com isso Ar-Pharazôn levou a sua esquadra marítima para atacar Vallinor. Porém, Eru, o deus criador, apareceu diante do rei e seu exército, destruindo a sua esquadra e a própria ilha de Númenor. Vários númenorianos que eram fiéis aos Valar navegaram em direção à Terra-média e se salvaram da catástrofe que ficaria conhecida como o Akallabêth. Eles eram liderados por Elendil e pelos seus dois filhos Isuldur e Anárion e juntos fundaram os reinos de Arnor no Norte e Gondor no Sul.

Sauron sobreviveu à catástrofe e retornou aos seus domínios com o objetivo de conquistar a Terra-Média novamente. Diante disso houve a guerra da Última Aliança, onde Elendil, Isuldur, Anárion e Gil Galad, o alto-rei dos Noldor, derrotaram Sauron. Anárion morreu durante as batalhas. Já Elendil e Gil Galad foram mortos por Sauron, mas Isuldur usando um fragmento da espada de seu pai, Narsil, cortou a mão de Sauron, causando assim a sua derrota. Assim terminou a segunda era e se iniciou a terceira.

Porém, Isildur ficou admirado pelo “Um Anel” e decidiu não destruí-lo. Todavia, isso acabou sendo a sua ruína, pois enquanto voltava para Arnor, Isildur e a sua companhia foram emboscados por orcs e durante esse conflito o anel de poder abandonou seu atual portador, sendo arrastado pelas águas do rio Anduin, fazendo com que ele fosse morto pelos orcs.

Durante dois milênios o “Um Anel” foi esquecido, mas um certo dia ele foi achado por dois hobbits chamados Déagol e Sméagol. O poder maligno do anel fez com que ambos o disputassem fazendo com Sméagol mata-se Déagol. Então, Sméagol acabou sendo corrompido pelo “Um Anel” e acabou se tornando um ser deformado

chamado Gollum.

Após quinhentos anos sobre a posse de Gollum, o anel de poder sentiu que o seu mestre Sauron estava retornando e abandonou o seu portador. Mas ele não esperava ser encontrado por um outro Hobbit chamado Bilbo Bolseiro, que estava na missão da Companhia do rei anão Thorin, Escudo de Carvalho, que visava recuperar o reino de Érebor. O "Um Anel" ficou sobre o domínio de Bilbo por sessenta anos e depois ele foi entregue ao seu último portador Frodo Bolseiro, que ficou com ele por dezoito anos.

Após um tempo, o mago Gandalf, o cinzento, informou a Frodo Bolseiro a respeito do "Um Anel" e que um novo conflito que determinaria o destino da Terra-Média estava prestes a acontecer. Frodo então conseguiu o apoio dos seus amigos Sam, Merry e Pippin. Durante a sua jornada eles conhecem o guerreiro Aragorn, que era descendente direto de Isuldur e Anárion, que os ajuda a escapar do ataque dos cruéis Nazgûl, e após chegarem a Valfenda houve o Conselho de Elrond em que ficou determinado que o anel deveria ser destruído.

Então o grupo de heróis que ficaria conhecido como a Sociedade do Anel surgiu. Os seus membros eram Frodo, Sam, Merry, Pippin, Gandalf, o cinzento, Aragorn, filho de Arathorn, Legolas, o príncipe dos elfos da floresta, o anão Gimli, filho de Gloin e Boromir, filho do regente de Gondor Denethor II.

Durante a sua perigosa jornada, a sociedade passa por vários problemas com as mortes de Gandalf e Boromir e a Sociedade se divide, com Aragorn, Legolas, Gimli, Merry e Pippin ajudando vários povos da Terra-Média com o auxílio de Gandalf, que havia ressuscitado como Gandalf, o branco. E Frodo e Sam formam uma improvável aliança com Gollum que os guia até Mordor, porém ele os tenta trair e Frodo quase morre, mas ao final eles conseguem escapam. Já em Mordor Frodo e Sam vão até a Montanha da Perdição para destruir o "Um Anel", mas perto do final, Frodo acaba sendo corrompido pelo anel e Gollum aparece e o arranca do seu dedo, mutilando a sua mão. Eles disputam o anel e então Gollum acaba caindo na fenda com o "Um Anel" causando assim a sua destruição. Com o "Um Anel" destruído Sauron perde todos os seus poderes e seu espírito maligno é expulso do mundo.

No final de tudo a paz retorna a Terra Média, Aragorn é coroado rei restaurando os reinos de Arnor e Gondor, que foram unificados em um só reino. Mas Frodo devido as experiências traumáticas da guerra e por causa da influência maligna

do anel, começou a se sentir depressivo, triste e doente. Então ele vai junto com Gandalf e os elfos para Vallinor para ser curado dos traumas vividos, porém nunca mais voltaria para Terra-Média. E assim terminou a Terceira Era e se iniciou a Quarta.

## 2.3 A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO

As produções literárias podem ser usadas para conhecer os mecanismos através dos quais surgem as relações de poder em uma sociedade, tendo em vista que são um reflexo da realidade social. Diversas obras mostram que o Estado surge por meio da conquista de territórios, dominação de um povo e imposição de regras de conduta.

O que deve ser questionado é por qual razão as pessoas se submetem a esse poder, até que ponto devem se submeter e quando é que o Estado perde a sua legitimidade.

A história explica o surgimento do Estado e como se justifica a sua legitimidade. Na Antiguidade, era a Cidade que concentrava o poder, a exemplo de Roma. Ensina Bonavides (2018, p. 40) que "O paço e o templo, a Monarquia e o Sacerdócio, o temporal e o espiritual, traduziam a fusão completa do governo dos homens com o poder sobrenatural das divindades, os numes do Paganismo".

Após o fim do Império Romano, na Idade Média, ocorreu a decadência das cidades, passando a existir uma organização feudal em que o poder estava socialmente disperso entre os senhores feudais.

Após esse período, surge o que conhecemos como Estado Moderno que tem a soberania como princípio

> Mas nunca deslembrar que foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção. (Bonavides, 2018, p.41)

No início, a autoridade estava vinculada à pessoa do governante: o monarca em quem se concentrava todo o poder. Os fins justificavam as ações do príncipe todo-poderoso.

> A ideia de grandeza, majestade e sacralidade da soberania coroava a cabeça do príncipe e levantava as colunas de sustentação do Estado-Moderno que era

> Estado da soberania ou do soberano, antes de ser Estado da nação ou do povo. (Bonavides, 2018, p.42)

Posteriormente, o poder do monarca passou a ser justificado em bases filosóficas por meio do contratualismo de Hobbes em que o homem abdica de sua liberdade conferida pelo estado de natureza para transferi-la ao Estado, que passa a ser o dirigente das condutas sociais garantidoras da ordem e segurança na sociedade. Em Hobbes, o poder do soberano é absoluto e as leis positivas são para os súditos comandos a que devem total obediência, podendo serem constrangidos pela força do poder do soberano a cumpri-las, como comenta Bobbio (2017, p.104). Já ao soberano, cabe apenas observar as leis naturais e, no caso de descumprimento delas, ninguém pode puni-lo.

A história segue, e têm início as revoluções burguesas que provocam a mudança do Estado absolutista para o Estado constitucional. O poder agora está nas leis. Novas ideais surgem para o contrato social, a exemplo de Locke e Rousseau, em que o Estado para ter legitimidade, deveria respeitar as liberdades dos seus cidadãos. O poder não ficaria mais concentrado no monarca. Haveria uma tripartição desse poder. É a filosofia de Montesquieu baseada na separação dos poderes. Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos.

Surge o Estado liberal e no rol dos direitos fundamentais o valor liberdade como um direito fundamental de primeira dimensão. No liberalismo, a atividade estatal ficou reduzida a manutenção da ordem e da segurança, cabendo ao Estado proteger as liberdades civis dos indivíduos e, principalmente, a liberdade econômica.

Entretanto, o Estado liberal não foi capaz de garantir a paz social, pois faltava a justiça, a igualdade entre os cidadãos. O liberalismo levou ao agravamento das desigualdades socias e a revolta das classes menos favorecidas.

Então, sucede a esse, o Estado social e o valor igualdade para compor os direitos fundamentais de segunda dimensão, que têm por objetivo a diminuição das desigualdades sociais com a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, principalmente daqueles considerados hipossuficientes. O Estado passa a intervir nas relações econômicas para reduzir essas desigualdades. São positivadas leis protetivas ao trabalhador, limitando a jornada de trabalho e regulamentando a segurança nas atividades laborais.

Acontecem então as duas grandes guerras mundiais em que o homem perde o

seu o valor como indivíduo, sendo valorado em categorias superior, como os arianos ou inferior, como os judeus, eslavos e negros. Então, novas mudanças no Estado se fizeram necessárias para evitar que situações como essa não venham novamente a acontecer, sendo necessário estabelecer limites ao poder do Estado, não sendo mais possível aceitar como válidas condutas que prejudicam o ser humano apenas porque estão positivadas na norma.

Os princípios passam então a fundamentar o direito, tendo como norte a garantia da dignidade da pessoa humana. Surgem novas dimensões dos direitos fundamentais ligados à ideia de fraternidade tendo por objetivo a proteção integral do ser humano, a exemplo do direito à paz. Surge o Estado Constitucional Democrático em que a vontade popular está expressa no texto constitucional e legitima os governos.

Na obra de Tolkien, O Senhor dos Anéis, Sauron tenta subjugar os povos livres da Terra Média por meio do poder do "Um Anel". O poder é tão grande que aquele que possui esse anel pode a todos dominar, tornando-se aquele que ditará as regras a quem os povos deverão obedecer. Entretanto, os povos da Terra Média resistem a esse domínio e procuram destruir o "Um Anel" para restabelecer a sua liberdade, pois o poder do "Um Anel" obedece somente a vontade do seu criador. Depois da longa jornada da Sociedade do Anel passando por terras selvagens, enfrentando várias batalhas que provoca nos indivíduos muito sofrimento, o "Um Anel" é finalmente destruído causando a queda da escuridão e assim retornando a paz.

## 2.4 OS DIREITOS HUMANOS COMO REFERÊNCIA NA CRIAÇÃO DAS LEIS

Ensina Villey (2016, p.137) que os direitos humanos são um produto da filosofia moderna do século XVII. "Os homens nasceram iguais e livres", afirma o autor (2016, p.145) ser essa a fonte do "direito humano", e que se pode ficar surpreso com o fato de que essa frase esteja na primeira linha das Declarações dos Direitos Humanos, visto que ela é contrária às realidades de nossa condição "natural".

Apesar das diferentes realidades sociais da humanidade, essa frase deve ser sempre afirmada para que um dia se torne realidade para todas as pessoas. Não que as pessoas tenham direito a uma liberdade ilimitada e sim a uma liberdade equilibrada, limitada por leis justas. O contratualismo de Hobbes limita essa liberdade do homem para que seja evitada a anarquia e o estado de guerra. Infelizmente, acabou

justificando o absolutismo monárquico, pois o monarca teria a liberdade absoluta, sendo incontestável as suas decisões.

Em Locke surgem outros direitos, como a propriedade, que passa a ser considerada um direito natural, oponível ao governante. Villey (2016, p.157, p.158 e p.159) afirma que Locke extraiu outros direitos da liberdade do indivíduo: a liberdade de consciência, a liberdade de opinião e o direito de resistência dos súditos à tirania. Consequência do contrato social de Locke é a afirmação política da burguesia, que passa a acumular bens materiais e poder. Porém, os mais pobres continuavam distantes dos direitos.

No Século XVIII, os direitos humanos foram declarados nas revoluções americana e francesa e, posteriormente, no Século XX, foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. As ideias iluministas, como a valorização da razão como fonte do conhecimento e a liberdade política e econômica, influenciaram tais revoluções.

Na Revolução Americana buscou-se o direito à liberdade de uma nação, a sua soberania, à luta contra o colonialismo inglês, proclamada na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América:

> Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. (EUA, 1776).

Já na Revolução Francesa, os direitos do homem foram proclamados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tendo por base a liberdade e a igualdade. Assim consta nessa Declaração:

> Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.
> Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.
> Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

> Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.
> (FRANÇA, 1789)

Ironicamente o mesmo povo que acabou declarando os Direitos do Homem e do Cidadão promoveu, por meio do Terror Jacobino, um banho de sangue na França. Isso mostra que declarar direitos é diferente de efetivá-los. Isso também mostra como o fanatismo político pode suprimir as liberdades dos indivíduos que sejam contrários ao ego do líder.

Em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos foram reafirmados os direitos à liberdade e à igualdade e acrescentado o direito à fraternidade:

> Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade. (ONU, 1948)

Não poderia ser diferente, pois essa Declaração foi proclamada após os períodos sangrentos das Primeira e Segunda Guerras Mundiais. A primeira caracterizada pela guerra nas trincheiras e a segunda marcada pela utilização da tecnologia para destruição em massa do ser humano com o emprego de produtos químicos nas câmaras de gás e de armas nucleares em Hiroshima e Nagasaki, que provocaram a morte imediata de uma parte da população e deixaram sequelas para os sobreviventes devido aos efeitos da radiação. É claro que ainda é necessário acrescentar a esses gravíssimos desrespeitos aos direitos das pessoas os problemas por elas enfrentados durante os governos autocráticos da Itália com Mussolini, e da extinta URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) com Stalin, que perseguiam diversas pessoas, não só as de opiniões contrárias aos governos, como também aquelas com orientações religiosas e morais que diferiam da maioria da população e também aquelas pertencentes a grupos étnicos e raciais considerados inferiores. Só nessas duas guerras a soma dos mortos totalizou cerca de 50.000.000 (cinquenta milhões) de pessoas. Como afirma a pensadora Hannah Arendt, é a própria banalização do mal.

Afirma Bobbio (2020, p.18) que os direitos do homem são variáveis em função

do momento histórico da humanidade. Isso pode ser confirmado a exemplo de direitos como a inviolabilidade da propriedade privada que eram considerados absolutos no final do séc. XVIII, e que sofreram limitações em normas posteriores. Um exemplo dessa limitação pode ser visto na Constituição Federal de 1988 que no, art. 5º, inciso XXIII, estabelece que a propriedade deverá atender a sua função social.

Da mesma forma o significado de liberdade em 1789 não é o mesmo dos dias atuais. Naquele período, liberdade significava a quebra do vínculo de subordinação à monarquia absolutista. Significava a possibilidade de o trabalhador buscar melhores condições de vida sem ter que sustentar com o seu suor o Primeiro e o Segundo Estado, clero e nobreza, respectivamente.

Durante a narrativa do Senhor dos Anéis, os heróis da Sociedade do Anel, enfrentam diversos seres malignos e monstros que tinham por objetivo dominar outros povos e escravizá-los, usurpando qualquer direito à liberdade que esses povos pudessem almejar. Embora, a obra seja mais focada na batalha do bem contra o mal, do que em questões mundanas, a ausência da liberdade e da igualdade, da mesma forma que na história da humanidade, levou ao caos e à revolta.

Atualmente, liberdade está intrinsicamente relacionada com dignidade da pessoa humana, com a possibilidade de ter acesso a direitos como a saúde, a educação, a moradia, a segurança, etc. Impossível imaginar que o homem seja livre sem ter esses direitos sociais.

Contudo, os direitos humanos não podem ser resumidos a uma carta de intenções. É necessário que sejam efetivados em todos os lugares, apesar das diferenças culturais, sob pena de haver caos ou mesmo perseguições às pessoas que têm opiniões contrárias em relação a um determinado governo.

Hunt (2009, p. 114) destaca que os direitos humanos sempre foram apresentados em declarações porque o ato de declarar está ligado a soberania. Afirma a autora que “Em 1776 e 1789, as palavras “carta”, “petição” e “bill” pareciam inadequadas para a tarefa de garantir os direitos (o mesmo seria verdade em 1948)”.

Os direitos humanos não são, portanto, um pedido a um governo nem decorrem de uma carta concedida pelo governante. Esses direitos são decorrentes da natureza dos próprios seres humanos e declará-los é um ato de soberania popular, cabendo ao Estado respeitá-los e efetivá-los. Por isso, em 1789 esses direitos foram comunicados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em 1948, na

Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Todavia, apenas a declaração dos direitos não é suficiente. É necessário efetivar esses direitos em cada nação, estabelecendo-os em leis e em princípios que sirvam de referência para a elaboração das leis.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos considera essencial que "os direitos do homem sejam protegidos por um regime de direito para que o homem não seja compelido, como supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão" (ONU, 1948). A Revolução Francesa é um grande exemplo de revolta sangrenta contra a opressão.

Essa mesma Declaração proclama como universais o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Declara a proibição da escravidão e da servidão, assim como a vedação à tortura e a submissão do homem a penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Declara também a igualdade de todos perante a lei e que todos têm direito a igual proteção da lei, sem distinção.

O reconhecimento dos direitos iguais para todas as pessoas é capaz de promover a justiça e a paz no mundo, como afirmado na Declaração dos Direitos Humanos.

No Senhor dos Anéis, o poderoso vilão Sauron colocou toda a sua vontade e o seu desejo de dominar outros povos no Um Anel. A partir desse momento, o período de paz findou na Terra Média. Povos foram dominados e escravizados, campos foram destruídos e vários grupos foram corrompidos pelo poder do Um Anel. A paz somente retornou após a destruição do Um Anel.

Isso mostra como o poder concentrado nas mãos de poucos pode provocar o caos social, pode corromper e pode subjugar pessoas. Não há autonomia, não há liberdade, não há igualdade nem direitos sociais. Portanto, é necessário que haja uma limitação do poder político de forma a evitar que esse poder venha a ser usado pelo governante em prejuízo da população.

## 2.5 A PROTEÇÃO AO INDIVÍDUO NA CARTA MAGNA

Como já dito anteriormente, não basta a afirmação dos direitos humanos em declarações. É imprescindível que esses direitos sejam confirmados em cada nação como direitos fundamentais para proteção da dignidade da pessoa humana.

Ensina Bulos (2019, p. 526) que a fonte de validade desses direitos está na Constituição. Desta forma, nossa Constituição Federal de 1988 estabelece os direitos e as garantias fundamentais. No art. 5º estão os direitos e deveres individuais e coletivos e no art. 6º estão os direitos sociais. Nesses artigos estão positivados direitoshumanos.

Afirma Bulos (2019, p. 526) que:

> *Os direitos fundamentais* são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como *direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas* etc.

O autor esclarece (2019, p.526) que esses direitos são inerentes à soberania popular e "garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status*social."

Em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Carta Magna garante os direitos à liberdade e à igualdade. Como exemplo são citados a seguir alguns incisos dos art. 5º (direito à liberdade) e o art. 6º (direito à igualdade) que comprovam a positivação desses direitos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> (...)
> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
> (...)
> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
> (...)
> XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
> (...)
> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
> (Brasil, 1988)

Os direitos individuais correspondem a prestações negativas do Estado, ou seja, correspondem a uma não intervenção do Estado de forma a garantir as

liberdades individuais como à liberdade de expressão, à liberdade de locomoção, à liberdade de crença religiosa.

Já os direitos sociais correspondem a prestações positivas do Estado, ou seja, correspondem a um agir do Estado para promover a igualdade, protegendo os hipossuficientes.

Bulos (2019, p.536), também ensina que o destinatário imediato dos direitos fundamentais não são os indivíduos e sim o Poder Público, a quem cabe efetivar os direitos e garantias fundamentais.

> De nada adianta dizer, por exemplo, que "todos são iguais perante a lei" (CF, art. 5º, caput) se esse enunciado não passar pelo crivo da autoridadecompetente.
> Sem providência concreta, nenhuma liberdade pública sai do papel. (Bulos, 2019, p. 536)

É importante ressaltar que os direitos e garantias fundamentais são, em regra, relativos, devendo os conflitos entre eles ser resolvidos através do exame do caso concreto. Exceção é a proibição à tortura e do tratamento desumano que devem ser considerados absolutos por serem uma gravíssima e intolerável forma de violação dos direitos humanos.

O compromisso do Estado com os direitos fundamentais limita o autoritarismo. Na mitologia de Tolkien existiam reinos que respeitavam a liberdade da sua população, mas havia também aqueles que tinham por objetivo dominar outros reinos com o desejo de impor as suas vontades, desrespeitando, assim, as liberdades dos povos conquistados. Muitas batalhas se sucederam até que os povos, apesar das suas diferenças culturais e até mesmo das de espécie, se unem com o objetivo de combater a tirania que os reprimia. Quando todos se unem para enfrentar a tirania, a união vale mais que as diferenças culturais e de crença. Ao ser destruído, o Um Anel deixa de exercer o seu poder sobre a Terra Média e com isso a paz é restaurada. Simbolicamente, o Estado não deve ser detentor do anel de poder. Nossa constituição afirma que todo poder emana do povo, por isso o poder político deve ser empregado em benefício daquele de onde esse poder se origina, ou seja, em benefício do povo.

## 3 CONCLUSÃO

A literatura é um reflexo da alma humana e nos mostra como enxergamos a realidade ao nosso redor. Em sua obra, Tolkien nos apresenta como o poder que

buscamos pode ser danoso para maioria das pessoas quando usado apenas em proveito próprio. De forma semelhante ao que ocorre nesse universo ficcional, o poder se mal usado pelo Estado é causador do sofrimento do seu povo, devendo ser limitado. Melhor ainda, esse poder deve ser direcionado para garantir efetivamente a dignidade de todos que habitam o seu território.

O Estado existe para promover a dignidade do seu povo. Nossa Constituição em seu preâmbulo afirma que o Brasil é um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos. Foi esse o Estado que o constituinte originário criou em 1988. Portanto, é com foco nesses objetivos que os representantes dos três poderes dessa nação devem pautar as suas ações, não podendo ser admitida outra conduta.

É preciso que os direitos humanos sejam efetivados em nossa sociedade e que resultem em benefícios para todos.

## REFERÊNCIAS


BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 29ª Tiragem. Rio de Janeiro: LTC 2020.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade.** Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira; posfácio de Celso Lafer. 23. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018.

Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, Emendas Constitucionais nos 1/92 a 99/2017 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2018. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Declaração de Independência dos EUA. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2021.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19 nov. 2021.

GRANDE ENCICLOPÉDIA Barsa. 3. Ed. São Paulo: Barsa Planeta Internacional Ltda.,18v. 2005.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**; uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras 2009.

TOLKIEN, J. R. R. **O senhor dos Anéis: primeira parte: a sociedade do anel**. Tradução de Lenita Maria R. Esteves, Almiro Pisseta. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TOLKIEN, J. R. R. **O senhor dos Anéis: segunda parte: as duas torres**. Traduçãode Lenita Maria R. Esteves, Almiro Pisseta. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TOLKIEN, J. R. R. **O senhor dos Anéis: terceira parte: o retorno do rei**. Traduçãode Lenita Maria R. Esteves, Almiro Pisseta. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

# **O VAZAMENTO DE IMAGENS ÍNTIMAS NO SÉCULO XXI :** AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS E SOCIAIS QUANTO À EXPOSIÇÃO DE MULHERES AS MARGENS DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Allana Laryssa Targino Gomes[1]
Walber Cunha Lima[2]

**RESUMO**

Com o constante avanço das tecnologias na sociedade atual é cada vez mais frequente o vazamento de dados e conteúdo íntimo nas redes. Diante disso é possível perceber diferentes repercussões tanto jurídicas quanto sociais a respeito do vazamento de imagens íntimas de homens e de mulheres. A partir disso percebe-se o quanto é abrangente uma imagem que postamos na internet, todos podem ver curtir e comentar. Diante dessa enorme facilidade que a internet nos traz se torna cada vez mais perigoso para que de má-fé atentem contra integridade moral de alguém. Desse modo, O presente trabalho busca analisar as repercussões sociais, psicológicas e jurídicas na vida das vítimas que tem sua vida exposta, observando os aspectos civis da personalidade bem como os direitos humanos resguardados pela constituição, a violação desse instituto e como pode ser levada a justiça em plano civil ou penal de maneira que cause o menor dano possível a vítima. Para tanto será usado o método indutivo criado pelos empiristas, sendo uma pesquisa de cunho exploratório e qualitativa. Será utilizado o método histórico para contextualizar as etapas até os dias de hoje de como foi a evolução do vazamento de fotos íntimas. Será utilizado o método comparativo com o intuito de comparar diferentes casos, com a finalidade de destacar essas diferenças e chegar a uma conclusão geral quanto ao problema. Do mesmo modo, será usado também o método estatístico, com o intuito de colher dados já consolidados referentes ao tema, bem como colher dados por meio de

[1] Acadêmica do Curso em graduação de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: allana_laryssa@hotmail.com.
[2] Professor-orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do CentroUniversitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br.

pesquisas utilizando o Google formulário com a população em geral. Ao fim desta pesquisa foi percebido o quanto sofrem as mulheres vítimas de vazamento de imagens íntimas. Não só psicologicamente, mas socialmente e até mesmo nas vias judiciais onde deveria ser resolvido o problema. Foi detectada uma série de leis que vieram a partir desse sofrimento constante que a população feminina vítima desses atos sofrem. Por fim, foi possível perceber quão grande é a necessidade de se ter uma preparação para as pessoas que recebem esses casos, tanto em delegacias, quanto no judiciário em si, além da necessidade de se ter mais mulheres dentro destes poderes para que as vítimas se sintam mais acolhidas.

**Palavras-chave:** Direito da personalidade. Dignidade humana. Imagens íntimas. Diferença.Pornografia de vingança. Vazamento nas redes. Privacidade.

**THE LEAKAGE OF INTIMATE IMAGES IN THE 21ST CENTURY:** THE LEGALAND SOCIAL IMPACT ON THE EXPOSURE OF WOMEN THE MARGINS OF THE RIGHT TO PERSONALITY

**ABSTRACT**

With the constant advancement of technologies in today's society, the leakage of data and intimate content on networks is increasingly frequent. In view of this, it is possible to perceive different legal and social repercussions regarding the leakage of intimate images of men and women. From this it is clear how comprehensive an image we post on the internet is, everyone can see, like and comment. In view of this enormous facility that the internet brings us, it becomes increasingly dangerous for them to in bad faith attempt against someone's moral integrity. Thus, the present work seeks to analyze the social, psychological and legal repercussions in the lives of victims who have their lives exposed, observing the civil aspects of the personality as well as the human rights protected by the constitution, the violation of this institute and how it can be taken to civil or criminal justice in a way that causes the least possible harm to the victim. For that, the inductive method created by the empiricists will be used, being an exploratory and qualitative research. The historical method will be used to contextualize the stages up to the present day of how the leak of intimate

photos evolved. The comparative method will be used in order to compare different cases, in order to highlight these differences and reach a general conclusion regarding the problem. Likewise, the statistical method will also be used, with the aim of collecting already consolidated data on the topic, as well as collecting data through surveys using Google forms with the general population. At the end of this research, it was realized how much suffer women who are victims of leaking intimate images. Not only psychologically, but socially and even in the judicial channels where the problem should be resolved. A series of laws were detected that came from the constant suffering that the female population victims of these acts suffer. Finally, it was possible to see how great is the need to have a preparation for people who receive these cases, both in police stations and in the judiciary itself, in addition to the need to have more women within these powers so that the victims feel more welcomed.

**Keywords:** Personality law. Human dignity. Intimate images. Difference. Revenge porn. Leakage in networks. Privacy.

## 1. INTRODUÇÃO

A cada dia que passa a sociedade avança cada vez mais em relação a tecnologias, as pessoas a todo o momento estão ligadas a algum aparelho, vendo o que outras pessoas postam e compartilhando a própria vida. A partir disso percebe-se o quanto é abrangente uma imagem que postamos na internet, todos podem ver curtir e comentar. Diante dessa enorme facilidade que a internet nos traz se torna cada vez mais perigoso para que de má-fé atentem contra integridade moral de alguém.

O Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) em seu livro I da parte geral versa sobre as pessoas naturais e dentro disso temos os direitos da personalidade no qual um deles é a integridade moral, que abrange não só a imagem, mas a privacidade, a vida privada e a honra, tratando-se disso no art. 20, que proíbe expressamente a publicação e a utilização não autorizada cabendo indenização se atingida à honra, boa fama e a respeitabilidade. Além disso, a nossa lei maior que é a Constituição (BRASIL, 1988) coloca o direito a honra e a imagem dentro do rol de direitos fundamentais presentes no art. 5° os quais de maneira alguma podem ser mitigados pelo fato de serem cláusulas pétreas. Percebe-se que cada vez mais que a nossa carta

constitucional vem sendo desrespeitada visto que o crescimento da violação a honra, a imagem e a intimidade, vêm crescendo cada vez mais.

A partir disso é possível observar que as mulheres são as maiores vítimas dessa violação, provocando não só problemas judiciais, mas também sociais e psicológicos na vida das mesmas. Esse problema é decorrente do machismo ainda enraizado na nossa sociedade. A divulgação de imagens íntimas não consensuais não é um problema que surgiu na atualidade, mas que vem sendo agravado e por isso se tornou o tema da presente pesquisa. O *revenge porn*, assunto que será tratado dentro do presente trabalho, tem como intuito a vingança e como veremos acaba por se tornar uma das principais causas da problemática. Existem diversos mecanismos jurídicos criados a partir de casos concretos para dar respaldo a vítimas desses atos, como a Lei 12.737 de 2012 (BRASIL, 2012), apelidada de Lei Carolina Dieckmann por ter tido fotos particulares, que estavam em seu computador, vazadas para que todos vissem. E temos ainda a Lei 13.909 de 2018 (BRASIL, 2018), denominada Lei Geral de Proteção de Dados, que em seu primeiro artigo já se tem um visão clara de que a proteção aos direitos fundamentais e a privacidade são um dos seus principais objetivos. Além de todas essas leis especiais temos o nosso Código Penal (BRASIL, 1940) onde tal ato de divulgação de imagens resulta em um crime contra a honra.

Será possível observar que há diversos dispositivos que resguardam essas pessoas e ainda mais mulheres, porém serão discutidos os motivos destas terem medo de levar o caso até a justiça. Vale salientar que todas essas vítimas sendo jovens ou velhas sofrem psicologicamente devido a pressão social, julgamentos e o tratamento, que levam a um dano irreparável na vida dessas pessoas.

Há de se analisar que as mídias sociais são de grande importância para a nossa sociedade, mas está cada vez mais se tornando um local que gera medo as pessoas, um local de coação social e divulgação de conteúdo não autorizado, podendo tomar enormes proporções em poucas horas devido a velocidade em que as coisas se propagam.

Esse trabalho busca analisar as repercussões sociais, psicológicas e jurídicas na vida das vítimas que tem sua intimidade exposta, observando os aspectos civis da personalidade bem como os direitos humanos resguardados pela constituição, a violação desse instituto e como pode ser levada a justiça em plano civil ou penal de maneira que cause o menor dano possível à vítima.

Em vista disso, se estudará mais a fundo o surgimento dessa problemática e se observará o marco civil da *internet,* antes chamada terra sem lei, motivo pelo qual começou- se a ser usada como instrumento de compartilhamento de conteúdo sexual não autorizado. Em decorrência deste, também serão analisados os institutos que trouxeram proteção a internet e a dispositivos capazes de armazenar nossos dados como computadores e celulares, os quais são nossos melhores amigos e podem se tornar piores inimigos. Um dos grandes desafios desse trabalho será detectar o real tratamento que é dado ao lesado dentro do poder judiciário, visto que será percebido ao decorrer dessa dissertação, uma das principais dificuldades chegar ao mesmo.

Para tanto será usado o método indutivo criado pelos empiristas que acreditavam que o fundamento não deve partir de ideias pré-estabelecidas e sim fundamentadas na experiência, sendo assim uma pesquisa de cunho exploratório e qualitativa. Parte-se da premissa de que existem inúmeras realidades quanto às repercussões jurídicas e sociais para as vítimas do vazamento de imagens íntimas, que cada vez mais se torna um grande problema na sociedade atual. Diversos casos se tornam famosos pelo fato de suas vítimas serem famosas, mas é importante ressaltar que todos os dias pessoas denominadas “normais” tem sua vida íntima exposta sem que tenham autorizado. Diante disso, é que se faz necessário à análise desses casos a fim de perceber como a lei se aplica perante cada um deles para só assim chegar a uma conclusão geral sobre a problemática.

Será utilizado o método histórico para contextualizar as etapas até os dias de hoje de como foi a evolução do vazamento de fotos íntimas. Além disso, será utilizado o método comparativo com o intuito de comparar diferentes casos, com a finalidade de destacar essas diferenças e chegar a uma conclusão geral quanto ao problema.

Do mesmo modo, será usado também o método estatístico, com o intuito de colher dados já consolidados referentes ao tema bem como colher dados por meio de pesquisas, utilizando o Google Formulários, com a população em geral para que estes também tenham a oportunidade de opinar nessa questão que é tão recorrente na sociedade atual.

## 2. **DIREITOS DA PERSONALIDADE**: CONCEITO E CARACTERISTICAS

A princípio é importante saber o que são os direitos da personalidade e o que está atrelado a eles para que seja possível o melhor entendimento desta pesquisa.

Em uma visão geral os direitos da personalidade são aqueles inerentes a toda pessoa humana tendo como início o nascimento com vida, de acordo com a teoria natalista. Entretanto no direito contemporâneo é usada a teoria concepcionista a qual versa que o nascituro já é pessoa humana tendo todos os seus direitos resguardados por lei. Como mencionado por Venosa (2021), diferentemente dos direitos patrimoniais, não se faz pensar em prestação pecuniária em primeiro plano a não ser que sejam violados, onde haverá uma reparação de maneira a ser valorado em dinheiro. Dito isto é possível perceber que basta ser pessoa natural para ser dotado de direitos, sem necessidade de ter capacidade ou não para exercê-los.

A personalidade é, por óbvio, a individualização e os componentes de um ser, como mencionado por Bittar (2014), são todos os valores interiores – intelectuais e morais – e os valores externos – físico – da pessoa humana. Os direitos da personalidade então se baseiam na proteção a estes valores, sendo então reafirmados a partir do nascimento com vida. Desse modo é possível dizer que os direitos da personalidade são *jure in se ipsum*[3] visto que se trata dos direitos da própria pessoa sobre seu próprio corpo físico e seus atributos.

> Os direitos da personalidade representam, no fundo, *jura in se ipsum*, visto que se referem à própria pessoa, tendo como objeto seus atributos substanciais e, como fundamento, a própria essencialidade do ser. (BITTAR, p. 65, 2014).

Além do Código Civil de 2002 em seus artigos 11 ao 21 (BRASIL, 2002) que versam sobre os direitos da personalidade, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) consolidou os direitos da personalidade em seu título II em que fala "Dos Direitos e Garantias fundamentais". Segundo Tartuce (2021, p. 84) "tais garantias são genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, e sem elas a pessoa humana não pode atingir sua plenitude e, por vezes, sequer sobreviver". Essas garantias existem para manter a dignidade da pessoa humana que consiste em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil garantida pela Constituição (BRASIL, 1988) em seu art. 1°, III. É importante ressaltar ainda o enunciado 274 da IV Jornada de direito civil que reúne os argumentos do Código Civil e da Constituição:

[3] Jure in se ipsum, do latim direito de si mesmo.

> Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (Jornada de Direito Civil, 2006).

Conforme é percebido, os direitos da personalidade são de suma importância no que concerne a dignidade das pessoas, são garantias fundamentais que jamais devem ser violadas. A partir daí é possível observar algumas das características destes direitos que estão dispostas no Código Civil (BRASIL, 2002), "art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.".

No que concerne a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, estes acarretam a indisponibilidade dos direitos da personalidade, ou seja, não podem ser transmitidos a terceiros. Conforme Gonçalves (2020, p. 73), "Evidentemente, ninguém pode desfrutar em nome de outrem bens como a vida, a honra, a liberdade etc.". Entretanto, isto não é absoluto, posto que é possível dispor de atributos como a imagem, para exploração comercial mediante prestação pecuniária, mas com prévia autorização e por um determinado período de tempo, pois os direitos da personalidade são também vitalícios. Nesse sentido, o enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil diz que pode haver limitações a personalidade de forma voluntária, porém jamais poderão ser permanentes e gerais.

Alguns autores se fazem valer de classificações para os direitos da personalidade, a fim de facilitar o aprendizado. No Novo Curso de Direito Civil 1 – parte geral de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona , os autores se valem da tricotomia corpo, mente e espírito para formar a classificação dos direitos da personalidade nas quais se distribuem em: direito a vida e integridade física, direito à integridade psíquica e criações intelectuais e direito à integridade moral.

O direito à integridade física é como o próprio nome já diz é o direito ao seu corpo físico, vai além do direito a vida, envolve não só o corpo vivo, mas também o cadáver da pessoa morta, pois mesmo após a morte há o direito de se manter os restos mortais invioláveis. Não sendo absoluto existem alguns casos específicos nos quais é possível se dispor de sua integridade física como o transplante de órgãos que poderá ser *inter vivos* ou *post mortem* nos quais tem cada um suas características sendo o segundo necessitando de autorização expressa do *de cujos* antes da morte.

O direito a integridade intelectual está diretamente ligado à liberdade tutelada pela Constituição Federal podendo esta ser política, religiosa, sexual, etc. Se trata de um direito fundamental. Envolve ainda os direitos autorais os quais constantemente são violados por pessoas que tentam se valer do crédito do que outras pessoas fizeram.

Por último tem-se o direito a integridade moral, o qual será amplamente tratada nessapesquisa conforme será visto no tópico a seguir.

## 2.1. Direito a Integridade Moral

A princípio é necessário entender o que é moral para a compreensão total do que realmente é o direito à integridade moral. Usando um conceito filosófico, a moral está relacionada aos valores e regras do que é certo ou errado em sociedade. Trazendo para o direito brasileiro, a integridade moral é justamente o juízo de valor que a sociedade tem e faz de cada indivíduo. Sendo assim, não são ações diretas a pessoa como no direito a integridade física que tem como objeto o corpo físico, atinge os valores que cada pessoa tem de si mesma.

Essa tutela do direito envolve vários elementos ligados um ao outro que juntos formam o direito a integridade moral e se violados geram direito de reparação civil a pessoa lesada, não que um valor pecuniário vá apagar todos os danos causados, mas este irá ajudar ao ente a mudar de vida de modo a tentar esquecer o ocorrido. São direitos que sendo atingindo um pode acabar atingindo outro e mais outro, são eles: direito a imagem, direito a vida privada e direito a honra. Imagine que uma pessoa tem sua vida privada invadida, para obtenção de uma foto íntima que em determinado momento é amplamente divulgada causando dano ao ofendido fazendo com que a sociedade tenha um juízo de valor totalmente deturpado.

Este é um simples e breve exemplo de como um só ato pode atingir uma pessoa e sua integridade moral, fazendo com que fique marcada para o resto de sua vida. Vejamos a seguir cada um destes elementos.

### 2.1.1. Direito a Imagem

Em um aspecto geral a imagem é a representação ou reprodução de um objeto ou pessoa. Pode ser uma fotografia, pintura, vídeo, qualquer elemento que

represente algo de forma visual. Para o direito é basicamente a mesma coisa, sendo a imagem da pessoa aquilo que a identifica, suas formas plásticas e seus reflexos. Esse é um direito inerente a todas as pessoas independente, de cor, raça ou sexo.

> "(...) o direito à imagem deve ser elencado entre os direitos de cunho moral, e não ao lado dos direitos físicos. Isso porque, a par de traduzir a forma plástica da pessoa natural, os seus reflexos, principalmente em caso de violação, são muito mais sentidos no âmbito moral do que propriamente no físico." (STOLZE e GAGLIANO,2021, p. 82)

A imagem pode ser definida em dois aspectos: a imagem retrato que é a representação de uma pessoa através do aspecto visual, podendo ser aspecto estático como uma foto ou pintura, ou aspecto dinâmico, em forma de vídeo; e a imagem atributo qual seja as qualificações sociais da pessoa, ou seja, as repercussões sociais que a imagem deste gera. Podendo ser a reprodução dessa imagem por completo ou apenas parcial.

Por vezes há quem confunda o direito a imagem com o direito a honra, entretanto não são a mesma coisa, apesar de estarem interligados. Essa confusão se dá em virtude deste conceito doutrinário, de imagem retrato e imagem atributo fazendo com que este último se assemelhe bastante ao conceito de honra objetiva.

> Há quem sustente, de acordo com o uso linguístico, que o direito à imagem pode conter duas dimensões: a) a primeira é a imagem externa da pessoa (efígie), ou externalidade física; b) a segunda é a imagem-atributo, ou seja, o conceito público de que a pessoa desfruta, ou externalidade comportamental. Parece ter sido na primeira dimensão (efígie) a alusão que a CF faz à imagem no art. 5º, inciso X, e na segunda dimensão (atributo) a referência à imagem, no inciso v. (LÔBO, p. 67, 2021).

Sendo a imagem figuração, de suma importância à vida das pessoas, o legislador quis dar segurança aos indivíduos da sociedade de direito por meio de leis que assegurem a proteção à imagem. A redação do Código Civil (BRASIL, 2002), que diz que a utilização de imagens poderá ser proibida, advém do texto constitucional que coloca a inviolabilidade da imagem no rol de direitos e garantias fundamentais, que não por acaso são cláusulas pétreas que jamais poderão ser modificadas, senão para melhor. Dito isto,

> "O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o retrato de uma pessoa não pode ser exposto ou reproduzido, sem o consentimento dela, em decorrência do direito à própria imagem, atributo da pessoa física e desdobramento do direito dapersonalidade." (GONÇALVES, 2021, p. 79).

Como reiterado diversas vezes no corpo desse texto, o direito a imagem não está apenas disposto no Código Civil que é lei infraconstitucional, mas também está na Constituição em artigo anteriormente citado. Diante desta afirmação é possível perceber que o direito a imagem se torna grande alvo de colisão quanto à liberdade de imprensa que também está disposta na Constituição de 88 (BRASIL, 1988) em seu Título III, Da Ordem Social, capítulo V, Da Comunicação Social. Estes casos ocorrem mais em se tratando de divulgação e propagação de imagens de pessoas famosas que têm seu direito a imagem relativamente mitigado pela exposição pública, mas que em alguns casos, a reprodução de determinadas imagens se torna indevida, sobressaindo-se a liberdade de imprensa. Sendo assim, dependerá de cada caso concreto.

No que concerne a este direito personalíssimo propriamente dito, existem algumas exceções quanto a disponibilidade deste, como anteriormente mencionado; pessoas notórias, de interesse público causado pela fama ou intelectual, sendo sua imagem interligada a atividade que exerce; quem estiver em exercício de função pública e tiver bom desempenho em seu cargo, não poderá se eximir de ser fotografado ou filmado; quem tiver alguma doença rara em detrimento da ciência. Em todos esses casos e outros estão relacionados a condição das pessoas, não podendo jamais ser invadida a privacidade, assunto que será tratado a seguir, para se conseguir certas imagens.

### 2.1.2. Direito a Vida Privada

Além do disposto na Constituição Federal em seu art. 5° (BRASIL, 1988), o Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe expressamente sobre a vida privada em seu art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”.

Mas, o que seria direito a vida privada? Entende-se de um modo geral, vida privada como tudo aquilo que fazemos de forma íntima, que ninguém sabe ou pode saber, de modo a ser algo particular da vida de cada pessoa. Para o direito não há grandes divergências, pois é possível denominar como a exigibilidade do respeito ao isolamento, de estar só, envolve o respeito ao ambiente familiar, os gostos e

preferências de cada pessoa. Está atrelado ao direito a intimidade, de cada um viver sua vida isoladamente e compartilhar fatos e acontecimentos apenas se e com quem desejar, sem interferência de terceiros. Segundo Lôbo (2021, p. 65) "É a parte interior da história de vida de cada um, que o singulariza, e que deve ser mantida sobresserva".

Se faz necessário perceber que não só pessoas famosas tem sua intimidade violada, pois a primeira coisa que se vem a cabeça é a perseguição que estes sofrem em virtude de suas vidas públicas, mas por vezes o limite entre a vida pública e a intimidade são violados e acabam por invadir as barreiras de suas residências, como foi o caso do ator Cauã Reymond que estava dentro de sua casa e foi fotografado sem roupas por um drone. Entretanto, qualquer pessoa pode ter sua vida privada violada, seja por meio de fotos ou por qualquer outro meio.

A Constituição Federal ainda em seu art. 5°, XI (BRASIL, 1988) coloca a casa como asilo inviolável do indivíduo, e o Supremo Tribunal Federal pensando visando proteger a vida privada de cada pessoa coloca, no Recurso Extraordinário n° 251.445[4], expande o sentido do termo casa para que qualquer espaço onde alguém exerça suas atividades, profissionais ou não, sejam invioláveis. Deste modo, há de se perceber que a inviolabilidade não está só no meio físico, mas no meio virtual também. Muitas pessoas guardam dados, mensagens e fotos importantes em seus aparelhos digitais, principalmente agora com a crescente popularização das tecnologias. Este avanço tecnológico é muito bom para a população, mas traz um grande risco para a privacidade de todos, pois ficamos suscetíveis a invasões dos chamados *hackers*[5], que com más intenções podem invadir e roubar dados das pessoas. Já dizia Lôbo (2021, p. 65) "Mais graves são as imensas possibilidades de invasão dos arquivos pessoais e das informações veiculadas pelas mídias sociais, causando danos às vezes irreversíveis à intimidade das vítimas, pela manipulação desses dados.".

Bem como todos os outros, o direito a intimidade e a vida privada são relativos em se tratando de pessoas públicas e notórias. Existem situações em que as

[4] Julgado a respeito da licitude de material fotográfico utilizado como prova após ter sido furtado deconsultório profissional da parte ré entregue pelo autor do réu e que incriminam o acusado. Com efeito, a provase torna ilícita por ir de encontro à proteção constitucional da casa que o colegiado considera abrangente aqualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade de acordo com o art. 150, §4°, CP.

[5] Hacker é uma palavra em inglês do âmbito da informática que indica uma pessoa que possui interesse e umbom conhecimento nessa área, sendo capaz de fazer hack (uma modificação) em algum sistema informático.

pessoas se dispõe de informações de sua vida íntima em detrimento das outras pessoas. É o caso das biografias autorizadas, pois não há como contar a história da vida de uma pessoa sem contar seus relacionamentos, suas amizades. Mas, há um limite tênue entre essa permissão e a invasão da privacidade e por mais que sejam pessoas notórias, estas também têm o direito de manter seus segredos e vida pessoal resguardada.

### 2.1.3. Direito à Honra

O direito à honra pode ter ligação com todos os outros anteriormente citados, pois algumas ações de violação a imagem ou a vida privada causam também dano a honra de uma pessoa. Mas, se trata de direito autônomo apesar de muitas vezes causar confusão.

> É verdade que, na prática, a violação à honra vem, muitas vezes, acompanhada do uso não autorizado da imagem, mas não há dúvida de que consistem em direitos autônomos, aos quais o ordenamento jurídico assegura proteção própria eindependente. (SCHREIBER, 2014, p. 76).

Antes de tudo é necessário explicar o que seria essa honra e posteriormente perceber as consequências no âmbito do direito civil, visto que a honra também é tratada com grande seriedade no Código Penal.

Honra em um sentido literal é o juízo de valor feito de acordo com as ações de cada pessoa. É a dignidade e a boa reputação. No direito não é outra coisa senão este o conceito. Cada indivíduo querendo ou não tem uma reputação e zela por ela para permanecer sempre uma pessoa honrada. É também o sentimento de estima que o ente tem de si mesmo. Há de se falar então nesse momento do conceito existente de honra objetiva e honra subjetiva.

A honra objetiva trata-se das impressões, a reputação dedicada por terceiros sobre cada pessoa. Se faz mister compreender que determinada pessoa pode ter má reputação, mas que ela mesma com suas próprias ações fez com que isso ocorresse, não sendo uma hipótese de violação a honra a depender de cada caso concreto, como será entendido posteriormente. Já a honra subjetiva se trata do conceito que a pessoa tem de si mesma, valorização e sentimento de autoestima. Por vezes, pessoas sem o conhecimento técnico necessário acham que essa honra não é passível de violação.

O direito civil tem ligação com diversas outras áreas jurídicas, inclusive com o direito penal, pois o dano a honra de alguém gera não só responsabilidade civil, mas também responsabilidade em âmbito penal, posto que o Código Penal brasileiro conta com um capítulo exclusivo para tratar dos crimes contra a honra e três artigos que tipificam osmesmos.

Neste contexto, durante esta pesquisa iremos tratar apenas dos crimes dos art. 139 e 140 do Código Penal (BRASIL, 1940), quais são difamação e injúria que, como dito anteriormente, apesar de serem crimes geram também responsabilidade civil. A difamação nada mais é do que a ofensa pública a reputação de uma pessoa, sendo assim, ferindo sua honra objetiva. A injúria é um tipificação que visa proteger principalmente a honra subjetiva, está diretamente ligado à noção de dignidade da pessoa humana, um princípio constitucional.

Ante o exposto é possível agora demonstrar como a honra está ligada as outras tutelas do direito mencionadas. Quando sem consentimento divulga-se uma imagem de uma pessoa desconhecida para a sociedade, poderá ou não gerar prejuízo ao ofendido, sendo independente de qualquer coisa passível de indenização, pois segundo o Superior Tribunal de Justiça na Súmula 403: “Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”. Nesse caso há a violação apenas do direito a imagem. Mas, e se o caso for diferente o lesado se tornar vítima em âmbito penal? Nesse caso estarão sendo violados dois direitos, a imagem e a honra, pois desse modo estará ofendendo a reputação do ofendido além de ferir sua dignidade. Sendo assim, cometendo não apenas um, mas dois crimes, além da responsabilidade civil de indenizar.

Em se tratando da violação referente a vida privada também se torna fácil tratar, pois acaba sendo o que mais vemos hoje com o avanço das tecnologias. O caso mais conhecido é o da atriz Carolina Dieckmann, que teve fotos íntimas particulares armazenadas em seu computador, vazadas. Este caso repercutiu tanto que causou a elaboração da Lei n° 12.737 de 30 de novembro de 2012 (BRASIL, 2012), apelidada com o nome da atriz. Mais a frente iremos tratar especificamente sobre esse caso, mas de antemão a lei se trata sobre a tipificação dos delitos informáticos. O caso em tela retrata bem a violação de todos os direitos tutelados pela integridade moral. Um indivíduo, apesar de ser pessoa pública, tem fotos da sua intimidade vazadas que lhe

causaram dano a sua honra, gerando reparação moral em âmbito civil e penalidades no âmbito penal.

Mais do que os outros, ao observar, a lesão ao direito a honra é o que causa as maiores consequências, principalmente em se tratando de vítimas do sexo feminino, pois é um artifício muitas vezes usado pelos homens como algum tipo de vingança, como por exemplo uma atitude simples, que realmente podem causar sentimentos como a raiva, que é terminar um relacionamento. Entretanto, não é motivo para expor uma mulher de forma tão vexatória. Esses atos além de causar lesão ao bem jurídico, causa grandes estragos de caráter psicológico, podendo até mesmo levar ao suicídio. De acordo com o Relatório Violência, suicídio e crimes contra a honra de mulheres na internet, da Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados "127 mulheres e meninas se mataram no Brasil por causa de exposição online entre os anos de 2015 e 2017". Apesar de ser um tema de alta relevância no Brasil, não se vê muitas repercussões a não ser que sejam casos de pessoas com vida pública.

> No Brasil, onde cerca de 65% da população tem acesso à internet – segundo o IBGE 2016 –, o tema começou a figurar com mais frequência nos jornais em 2013, quando uma adolescente de 17 anos cometeu suicídio após ter um vídeo íntimo compartilhado na rede sem sua autorização. Depois desse caso, outras situações de vazamento de imagens íntimas foram publicadas em jornais e redes sociais, evidenciando que não se tratava de algo isolado. (UNICEF, 2019, p. 09).

Por mais que, como dito acima, o assunto tenha vindo a figurar com mais frequência na mídia, não é o suficiente para a sociedade perceber a tamanha importância desse tema e o que a violação a direitos tão importante, e que são inerentes a todos, causam.

## 3. DIREITO À IGUALDADE E À INTEGRIDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO

Em se tratando de divulgação não autorizada de imagens íntimas, como dito anteriormente, as maiores vítimas são as mulheres, pois é notória a diferente repercussão dada a cada um dos gêneros. O que nos traz diretamente a uma problemática antiga, mas analisada do ponto de vista pós Constituição de 88 se torna inconstitucional: a desigualdade entre o tratamento das mulheres frente ao tratamento dado as pessoas do sexo masculino.

A Constituição em seu art. 5° (BRASIL, 1988), *caput,* consagra a igualdade entre todos "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 a propriedade." E complementa ainda no inciso I a igualdade entre homens e mulheres: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.". Vale ressaltar que essa igualdade está disposta não só nestes artigos citados, mas em outros diversos trechos do texto Constitucional.

Desde os primórdios, homens e mulheres recebem tratamentos com diferenças discrepantes, porém através do tempo isso foi sendo amenizado. Entretanto, ainda no século XXI, por vezes a mulher se encontra em situação de desigualdade perante os homens.

Frequentemente se confundem os princípios da isonomia com o da igualdade. Apesar de serem semelhantes, a isonomia se trata principalmente em relação ao *caput* do art. 5°, relacionada à aplicação em um âmbito jurídico já a igualdade se trata de igualdade em âmbito geral.

A igualdade é um princípio constitucional, porém não está disposto no rol presente no primeiro título do texto constitucional, o qual trata sobre os princípios fundamentais, como a dignidade humana, este é um dos fundamentos da república federativa do Brasil. A dignidade é um bem jurídico protegido em diversas áreas do direito, inclusive em se tratando de assuntos mencionados nesta pesquisa, como o direito civil e o direito penal.

Estes são princípios de suma importância dentro deste trabalho, pois o que se vê em sociedade é a diferenciação feita em casos de divulgação de fotos íntimas de mulheres que acabam por se tornarem de certa maneira indignas na visão da sociedade, e ao mesmo tempo os homens que em situação semelhante são muitas vezes exaltados, desse modo ferindo não só um fundamento da Constituição, mas se afastando do objetivo prioritário da Republica Federativa (BRASIL, 1988): "art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, **justa** e solidária;".

Na realidade, o problema se encontra no machismo cultural enraizado na sociedade brasileira. Por mais que tenha havido uma evolução no que tange aos direitos das mulheres, o tratamento dado às mesmas ainda precisa mudar muito para o Brasil se tornar a sociedadejusta que tanto almeja.

> as expectativas sociais em relação aos comportamentos de mulheres e homens quanto ao sexo são acentuadamente díspares e é exatamente em razão disso, conforme comprovam as estatísticas, que as práticas criminosas de difusão não autorizadas dessas imagens e vídeos têm muito mais impacto negativo nas mulheres, seja qual for a motivação. E a própria sociedade machista reafirma isso. (SYDOW, CASTRO, 2017, p. 76).

Essas expectativas sociais que a sociedade deposita em cima das mulheres reflete em todos os âmbitos, inclusive no jurídico, o qual de acordo com o Conselho Nacional de Justiça

- CNJ (2019, p. 07), "O Poder Judiciário brasileiro é composto em sua maioria por magistrados do sexo masculino, com apenas 38,8% de magistradas em atividade. A participação feminina na magistratura é ainda menor se considerar os magistrados que atuaram nos últimos 10 anos, com 37,6%.". Essa maioria masculina acaba por prejudicar a isonomia que deveria estar presente dentro dos processos judiciais, fazendo com que a mulher se sinta intimidada pela formação cultural sabida que é passada através dos séculos que faz com que a prática da divulgação de imagens íntimas femininas sejam tratadas de maneira diferente.

Além disso, é de se observar que essa maioria masculina dentro dos processos influenciam de forma negativa em ações movidas por mulheres. Há quem diga que não, entretanto fica fácil observar ao analisar casos concretos. Em 2020, o caso Mariana Ferrer teve uma repercussão nacional em virtude do tratamento dado a mesma em uma audiência composta apenas por homens, no qual o representante da parte ré usou termos ofensivos a vítima em virtude de fotos publicadas pela mesma em uma rede social, e que nada tinham a ver com o processo, fazendo com que ela se sentisse humilhada. E além disso o juiz do caso não teve a conduta de intervir, visto que claramente deveria ser essa a postura no momento em que qualquer uma das partes começasse a ser ofendida.

> Em trechos da audiência divulgados pelo site, o advogado de Aranha, Cláudio Gastão da Rosa Filho, apresentou fotos produzidas por Mariana e publicadas em seu perfil no Instagram que ele classificou como

> "ginecológicas", dizendo, entre outras coisas, que "jamais teria uma filha" do "nível de Mariana". Ele também afirmou que Ferrer estava fazendo um "showzinho" e que o seu "ganha pão era a desgraça dos outros". (CONSULTOR JURÍDICO, 2020).

Esse é apenas um dos casos que ocorrem todos os dias com diversas mulheres por todo o Brasil ao tentar um pleito diante da justiça. Com a falta de integrantes do sexo feminino no judiciário, para que entendam as mulheres da maneira necessária, não que os homens não possam entender as mulheres, mas estes não são capazes de se sentir como tais, esses casos se tornam corriqueiros dentro da justiça brasileira.

## 4. DIVULGAÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS NÃO CONSENSUAIS

Diante do constante avanço tecnológico que o mundo está vivendo, e a crescente exposição diária nas redes sociais, está se construindo um cenário cada vez mais propício para a divulgação de fotos íntimas não consensuais. Mas, o que seriam essas fotos íntimas não consensuais?

No corpo deste trabalho já foi mencionado o quanto a intimidade e a vida privada são protegidas para resguardar o direito a dignidade inerente a todos. Dito isto, é certo afirmar que a divulgação de imagens íntimas não consensuais se trata de uma forma de violação não só a imagem, mas a intimidade e a vida privada, visto que em se tratando de um não consentimento, o conteúdo nunca deveria ter sido compartilhado.

Não é de hoje que ocorrem essas situações. O retrato do corpo desnudo era normal e poderia até representar a sorte em algumas sociedades antigas. O período renascentista foi um dos mais fortes com relação a esse tipo de representações, mas até então eram apenas pessoas irreais, deuses e figuras místicas. Apenas com a chegada da fotografia no século IX que o real problema chegou a sociedade, a representação real das pessoas.

> O surgimento da fotografia e da imprensa elevaram o mercado da pornografia e aumentaram sua popularização, gerando significativa guinada na questão do indivíduo retratado. Os modelos capturados passaram a ser com mais frequência pessoas reais e, portanto, aquela mídia ganhou repercussão na vida social. (SYDOW; CASTRO, 2017, p. 14).

Naquela época já se tratava de algo danoso para a vítima, e não era algo de repercussão tão rápida como hoje. Atualmente com a presença de computadores e celulares com acesso a internet e redes sociais a problemática se torna ainda mais grave, pois o que demorava dias para se espalhar hoje se tornou questão de minutos.

Tendo em vista esse crescente avanço tecnológico concomitante a crescente popularização da prática de divulgação de imagens íntimas é que se faz necessário fazer uma retrospectiva para o surgimento dessa prática e enxergar quais os artifícios que podem ser usados para proteger as vítimas diante destas condutas.

## 4.1. Revenge Porn: um grande desafio para as mulheres

*Revenge Porn* ou pornografia de vingança é uma prática usual não só na sociedade atual, pois apesar de ser muito comum a era digital deu-se início muito antes do surgimento das redes sociais. Nos Estados Unidos[6] a exposição de imagens íntimas não consensuais teve origem com o surgimento de um revista erótica nos anos 80, onde se dava espaço para que os leitores enviassem fotos íntimas, no qual o consentimento era algo muito precário (BONINI; SANTOS, 2020).

Segundo Barbosa (2018, p. 19) "a imagem íntima não consensual se configura pelo ato de divulgação de imagens de conteúdo sexual sem autorização". Diante dessa observação é possível afirmar que o intuito das pessoas que fazem a disseminação dessas imagens é machucar a vítima, é realmente uma verdadeira vingança.

Trazendo ao contexto brasileiro a pornografia de vingança ou como é mais comum hoje imagens íntimas não consensuais, é um assunto mais recente a comparar com os Estados Unidos mencionado anteriormente, porém muito pouco discutido apesar da grande relevância principalmente na vida de quem se torna vítima desses atos. Observou-se um dos primeiros casos antes dos anos 2000. (MASCARENHAS; CINTRA; BONINI, 2018).

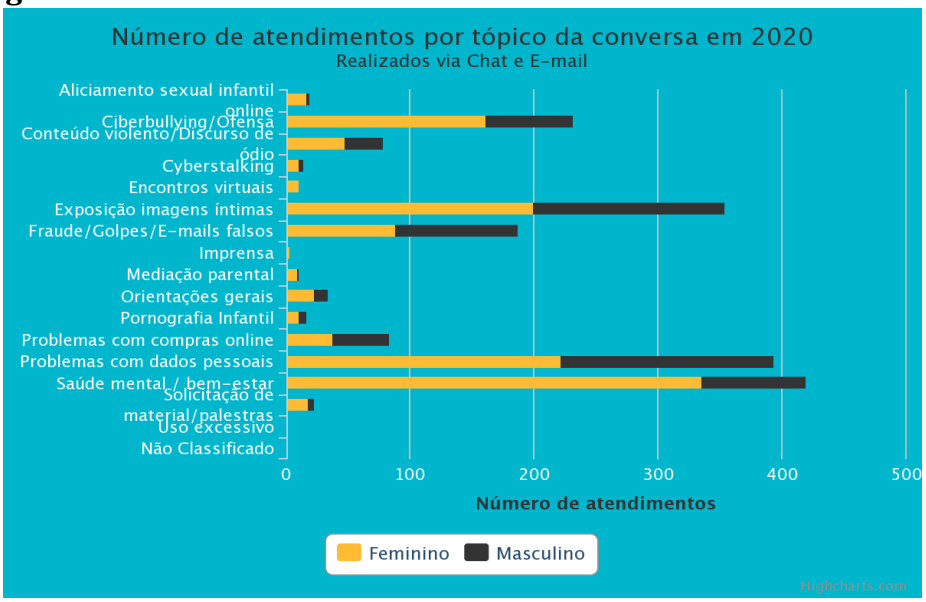
Diante desse contexto, se faz necessário observar o quanto sofrem as mulheres com situações como essa. É de suma importância mencionar que as vítimas não são exclusivamente do sexo feminino e que os homens que são vítimas também

[6] Os estudos sobre esse tema têm maior proporção nos Estados Unidos, o que explica os termos utilizados dentro deste tema serem sempre em inglês. Em virtude disso é que foi feita a opção de utilizar um cenário não brasileiro para incluir esse contexto.

sofrem. Entretanto é importante perceber que diante do machismo cultural, já mencionado nesta pesquisa, as mulheres sofrem uma pressão e um julgamento maior, que veremos mais adiante ainda neste trabalho. No momento apenas se faz mister entender que pessoas do sexo feminino são as maiores vítimas, muitas vezes apenas por terminar um relacionamento ou por não fazer algo que o companheiro quer. As imagens íntimas por vezes podem ter sido obtidas de maneira consensual dentro de um relacionamento visto que se torna uma prática comum entre casais mais jovens, pois através de pesquisa feita por meio do Google Formulário entre os dias 07 e 15 de outubro de 2021, foi observado que 35,3% das pessoas responderam que já enviaram ou enviariam fotos íntimas para alguém e dentro desses 35,3% um total de 100% eram do sexo feminino e de idade entre 15 e 25 anos.

A organização não governamental Safernet[7] todos os anos recebe inúmeras denúncias de crimes na internet no qual a exposição de imagens íntimas está incluída, sendo possível ver o crescente número de denúncias principalmente feitas por mulheres ao passardos anos.

**Figura 1 -** número de denúncias feitas no ano de 2020 a Safernet Brasil




Fonte: Safernet Brasil.

[7] A **SaferNet** Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Fundada em 20 de dezembro de 2005 por um grupo de cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em Direito, se consolidou como entidade referência nacional no enfrentamento aos crimes e violações aos Direitos Humanos na Internet. Por meio do diálogo permanente, a SaferNet Brasil conduz as ações em busca de soluções compartilhadas com os diversos atores da Sociedade Civil, da Indústria de Internet, do Governo Federal, do Ministério Público Federal, do Congresso Nacional e das autoridades policiais.

Nessa compilação de dados a Safernet Brasil se preocupa em identificar a quantidade de pessoas que fazem denúncia por sexo, desse modo é possível ver na imagem acima que além de ser uma das maiores causas de denúncias a maior parte é feita por mulheres.

Esses dados crescem a medida que os anos passam e a medida que avançam as tecnologias, o que como dito anteriormente corrobora para a rápida disseminação desse conteúdo. Muitos ainda têm a ideia de que a internet é terra sem lei, entretanto desde O Marco Civil da Internet em 2014 o que se faz nas redes pode ter consequências sejam elas boas ou ruins.

## 5. RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL NO DIREITO DIGITAL

Segundo Gonçalves (2021, p. 21) a responsabilidade civil faz parte do direito das obrigações, visto que a consequência de um ato ilícito é a obrigação de reparar o dano causado. Como mencionado anteriormente, cada ação realizada tem uma consequência.

Com a chegada da internet e o surgimento das redes sociais, se torna cada vez mais difícil detectar e controlar a propagação de imagens não consensuais. Por anos estivemos navegando em redes sem proteções legislativas, onde ficava difícil responsabilizar o autor civil e/ou penalmente para que arcasse com as consequências de suas atitudes. Segundo Pinheiro (2021, p. 181), “Desse modo o direito digital já estuda essa mudança evolutiva da responsabilidade civil desde a 1° edição desta obra, em 2002, quando na época já se sentia a influência da sensação de anonimato e de impunidade sobre o crescimento do atos ilícitos em meio eletrônico.”.

A lei 12.956 (BRASIL, 2014) de 23 de abril de 2014 ou Marco Civil da Internet, como é conhecida, veio para regulamentar o que as pessoas publicam e fazem na internet tendo como alguns princípios a garantia da privacidade e proteção dos dados pessoais, tema amplamente tratado nesta pesquisa. A Internet antes chamada terra sem lei passou oficialmente a ter algo que a regulamente. Entretanto há ainda algumas dificuldades em se tratando da pessoa lesada. Anteriormente à lei era possível a vítima entrar em contato com o provedor e requerer a retirada do conteúdo das redes. Atualmente é necessário uma ordem judicial para que isso ocorra, dificultando mais ainda a vida da vítima, pois:

> A única exceção trazida foi a de exposição de conteúdo nu (entendendo-se aí completamente sem roupa, visto que o indecente ou o pornográfico que en•volvem um sem-nu, ou parcialmente nu, não se enquadrariam), tampouco o conteúdo meramente ridicularizante. (PINHEIRO, 2021, p. 182).

Desse modo, as vítimas de divulgação de imagens íntimas não consensuais, que por vezes se trata de conteúdo pornográfico e não um conteúdo nu, como menciona a autora, sofra ainda mais com a demora e o custo para conseguir retirar o conteúdo de circulação, trazendo uma sensação de impunidade ao ordenamento jurídico pátrio, pois além da nem sempre fácil detecção do autor, a vítima ainda tem que esperar para que tirem as imagens de circulação e bem como é sabido na sociedade atual, que para propagação de conteúdos na internet é necessário apenas segundos, então quanto maior a demora, maior será o dano causado.

Diante dos fatos supramencionados é nítido perceber que a edição apenas dessa lei não foi suficiente para a manutenção da ordem social em se tratando do vazamento de imagens e em alguns aspectos acabou por dificultar a vida da vítima. Em decorrência deste, ao passar dos anos foram editadas novas leis que colaboram para os casos de violação deconteúdo íntimo.

### 5.1. Lei Carolina Dickmann

Carolina Dickmann é atriz conhecida por seus trabalhos na rede globo de televisão. Mas por que ter uma lei com o nome da mesma?

No ano de 2011 um hacker invadiu os dados do computador da atriz e obteve várias fotos de cunho íntimo da mesma, o que gerou grande repercussão na mídia chamando atenção dos legisladores para aumentar a proteção do indivíduo que nos dias de hoje tem seus dados, não só fotos, guardados em diversos dispositivos tecnológicos.

A Lei 12.737/2012 (BRASIL, 2012), anterior a lei do Marco Civil da Internet, versa sobre "Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências.", desse modo veio para alterar o Código Penal para que autores de delitos como estes venham a ser punidos por seus atos. Como mencionado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP (2021) "Ressalta-se que, antes do surgimento da lei, o ato de invadir um ambiente virtual e subtrair dados pessoais já era crime, mas não havia nenhuma norma que tratava

especificamente sobre o assunto.”.

A lei acrescentou ao Código Penal os artigos 154-A e 154-B. O art. 154-A criou o crime de invasão de dispositivo informático. Antes na Seção IV do código tratava apenas de forma geral a violação e divulgação de conteúdo sigiloso, então diante do ocorrido com a atriz o legislador percebeu a crescente necessidade de especificar o delito informático.

Apesar da tipificação desses delitos terem vindo da constante ocorrência de fatos como o da atriz, a lei tem demasiados defeitos que prejudicam em fase processual:

> O criminalista **Luiz Augusto Sartori de Castro**, do Vilardi Advogados, teme que a maioria daqueles que acessam indevidamente os sistemas de informáticas não sejam punidos pelo Judiciário. “Isso porque não o fazem à força como exige o tipo penal ao se valer do verbo ‘invadir’”, explica. Outro entrave nos tribunais serão de natureza processual. Delitos dessa natureza demandam provas cujo sistema da polícia judiciária não está acostumado e pode haver problemas de prescrição e regulamentação. (CONJUR, 2013).

Como mencionado acima, o legislador às pressas para responder a pressão da sociedade em virtude da repercussão do caso da atriz, deixou muitas lacunas que restaram ser preenchidas pela posterior lei do Marco Civil da Internet, bem como mencionado por BERETTA (2014) na Revista Consultor Jurídico “Por óbvio, restou ao Marco Civil da Internet a responsabilidade de garantir, ao menos em tese, o real objetivo proposto na lei penal, qual seja o combate e repressão a esse tipo de delito.”. A última atualização a respeito de leis que cuidem do ambiente virtual foi bem recente, em 2018, vejamos a seguir.

## 5.2. Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD como é conhecida popularmente tem como n° o 13.709/2018 (BRASIL, 2018) e veio de modo a acrescentar a lei do marco civil da internet e tornar mais seguro não só o ambiente virtual, mas os dados pessoais de modo geral. Para quem já sofreu alguma violação desse tipo é uma grande satisfação perceber que o legislativo se preocupa em proteger a sociedade.

O objetivo central da lei é proteger os direitos fundamentais resguardados pela Constituição, a liberdade e a privacidade. Na presente pesquisa tratamos precipuamente da privacidade, não só como princípio fundamental, mas também

como um direito da personalidade como já discorrido anteriormente.

A nova lei é um novo marco na proteção de dados, principalmente no meio digital. Mas o que seriam esses dados? A própria lei se preocupa em fazer algumas importantes definições para o melhor entendimento da mesma e para não haver brechas para outros tipos de interpretações. É possível perceber a existência de variados tipos de dados, mas o que é importante trazer a baila são as definições de dado pessoal e dado pessoal sensível:

> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
> I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
> II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; (LGPD, 2018).

Em se tratando de divulgação de imagens íntimas não consensuais, estes conceitos se tornam imprescindíveis para a análise desses casos. As imagens, muitas vezes obtidas de maneira consentida, se tornam dados pessoais sensíveis fazendo com que seja alvo de proteção da lei. O texto legislativo é taxativo em mencionar em seu art. 7°, I, Lei 13.709/2018 (BRASIL, 2018), que o tratamento[8] dos dados pessoais só podem ser realizados mediante o consentimento do titular.

A divulgação acaba por ser uma violação de várias referências normativas em conjunto, e ainda gerando responsabilidade em diversas searas do direito de modo a setornarem até mesmo uma forma de violência contra a vítima.

## 6. DIVULGAÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS COMO FORMA DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

Como reiterado diversas vezes durante esse trabalho, a divulgação de imagens íntimas se torna um grande peso na vida de quem tem sua intimidade exposta, principalmente em se tratando de vítimas do sexo feminino, até um ponto em que passam a se tornar uma maneira de violência contra a mulher. O revenge porn,

[8] A própria lei fornece os conceitos mais importantes para maior entendimento. No art. 5°, X, define tratamento como toda a ação realizada com os dados pessoais referindo-se a coleta, recepção, produção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

assunto tratado anteriormente, foi o princípio desse tipo de violência, era, como o próprio nome já diz, uma maneira de se vingar de algo que o homem apenas deveria aceitar, como um término de um relacionamento, por exemplo.

Em pesquisa feita, entre os dias 07 e 15 de outubro de 2021, apenas com profissionais formados em psicologia e serviço social, houve 100% de afirmação de que a divulgação de imagens íntimas é uma forma de violência psicológica. Ao perguntar quais as consequência da divulgação de imagens com conteúdo íntimo podem causar no âmbito psicológico e social, uma das respostas obtidas foi: "Sérios danos psicossociais, principalmente quando se trata de criança ou adolescente. O indivíduo certamente precisará de apoio psicológico para lidar com os sentimentos de culpa (embora a culpa nunca seja da vítima, esse sentimento é recorrente em casos de pessoas que sofreram com esse tipo de violência), lidar com o julgamento social por parte da família, dos amigos e da sociedade. Em termos sociais isso pode limitar o indivíduo de exercer seu direito de frequentar a escola, de ir ao trabalho... pois terá que lidar com o preconceito da sociedade que culpa e pune a vítima ao invés do agressor."

Em resposta a casos desse tipo o legislador criou a lei 13.772 (BRASIL, 2018) de 19 de dezembro de 2018 que altera o Código Penal e a Lei Maria da Penha para introduzir a violação da intimidade da mulher como forma de violência doméstica, que se torna um grande avanço diante do machismo cultural enraizado na sociedade brasileira.

Além de tornar a violação da intimidade uma forma de violência psicológica também introduziu ao Código Penal o crime de registro não autorizado da intimidade sexual que consiste em:

> Art. 216-B . Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.
> Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. (BRASIL, 2018).

Isso em virtude da grande demanda de casos existentes, onde homens sem o consentimento e conhecimento da companheira gravam os momentos íntimos do casal.

Analisando casos concretos é possível ver com clareza o impacto dessa situação na vida das vítimas. O site G1.com compilou histórias de três jovens que tiveram suas vidas mudadas de uma hora para a outra após terem suas fotos vazadas ainda muito jovens com idades entre 12 e 15 anos. O que ocorreu em comum com todas foi que além delas terem confiado em alguém e ter enviado as fotos, todas elas ouviram xingamentos e foram culpadas pela sociedade enquanto o verdadeiro culpado saia impune.

> Acho que isso é uma marca permanente em mim, e em milhões de mulheres que sofreram por isso. As pessoas nos culpam, o homem nunca é considerado culpado, então, é ainda mais difícil para nós. As pessoas agem como se a gente merecesse que aquilo tivesse acontecido, quando, na verdade, somos as vítimas. (G1 SANTOS, 2021).

Esse julgamento da sociedade acaba por dificultar a denúncia as autoridades competentes para que o verdadeiro culpado seja punido. Apesar de todas as leis existentes para dar o suporte necessário, a maioria masculina, já elaborada nesta pesquisa, acaba por afastar a denúncia das vítimas.

## 7. SOBREVITIMIZAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DEAÇÕES ENVOLVENDO DIVULGAÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS

A sobrevitimização ou vitimização secundária é o que ocorre mais comumente em âmbito penal, mas também pode ser configurada no meio cível. A divulgação de imagens íntimas para quem é vítima acaba por se tornar bastante vexatório por julgamentos sociais já explicitados na aludida pesquisa. Levar a problemática ao judiciário muitas vezes acaba por criar uma nova forma de vitimizar novamente a pessoa lesada, fazendo com que a mesma reviva tudo que passou e está passando, novamente.

Sendo a vítima do sexo feminino piora ainda mais a situação, pois diante do machismo já enraizado em sociedade, mesmo que não seja o caso da autoridade julgadora do caso, ingressar em um ambiente de predominância masculina gera uma certa dificuldade. A vitimização secundária não se restringe às dificuldades burocráticas encontradas, abrangendo também, e em grande medida, o tratamento dado à vítima quando esta busca o apoio estatal. (BARBOSA, p. 42, 2018).

Percebe-se que não há um cuidado para a formação das pessoas que atendem essas vítimas, desde agentes de polícia, a advogados e juízes, concomitante a maioria masculina dentro do judiciário dificulta ainda mais a punição dos divulgadores das fotos e até mesmo a própria denúncia.

## 8. CONCLUSÃO

Diante todos os aspectos apresentados nesta pesquisa é perceptível o quanto é necessário uma maior publicização desse tema, que é tão amplo e de extrema importância. Todos os anos há centenas de vítimas dessas divulgações que sequer chegam a denunciar seja por vergonha ou medo do julgamento de terceiros, além do sentimento de culpa, quando o verdadeiro culpado é o propagador do conteúdo.

Apesar de tanto amparo jurídico para situações como essa, ainda não se vê um verdadeiro cuidado do judiciário quanto ao tratamento dessas mulheres que sofrem sendo vítimas, além do fato do sistema jurídico ser predominantemente masculino, o que acaba causando um maior constrangimento para a vítima.

A Constituição Federal de 88 é bem enfática ao mencionar a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional que nunca deve ser violado, entretanto o Estado não dá o amparo necessário para a manutenção dessa dignidade, principalmente quando se trata de mulheres, pois mesmo com o princípio da isonomia é possível afirmar que o tratamento igualitário por vezes não ocorre.

O mais coerente a se fazer seria investir em redes de apoio a essas mulheres, além de cursos que demonstram as pessoas que irão ter contato com as vítimas, como lidar com elas de forma a diminuir o sofrimento e não tornar aquilo algo pior. Além disso, é crescente a necessidade de se tratar de assuntos como esse, onde as mulheres se sentem culpadas em consequência de julgamentos sociais, quando deveriam ser acolhidas e amparadas.

Foi possível ainda perceber o constante avanço do legislativo em acompanhar a necessidade da sociedade principalmente no que tange os avanços tecnológicos. Apesar de porvezes não se fazer claro é o ponta pé inicial para soluções eficazes.

Por conseguinte, foi possível fazer uma breve análise nos dispositivos legais de modo a detectar que apesar de ser um tema que já não é mais tão novo, as pessoas fingem que não existem, dificultando o atendimento necessário as vítimas.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA. Thaís da Silva. **O tratamento probatório nas ações ressarcitorias decorrentes de divulgação de imagens íntimas no processo civil brasileiro**. Dissertação - Pós Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/6880> Acesso em: 25 out. 2021.

Bittar, C. A. **Os Direitos da Personalidade** , 8. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502208292. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208292/. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. **Código Civil**. 5. Salvador: JusPodivm, 5. ed., 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. **Conselho de Justiça Federal**. Enunciado n° 219. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2006. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Lei n. 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: 07 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponívelem: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> Acesso em: 09 nov. 2021

BRASIL. **Lei n. 13.772, de 19 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência domésticae familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13772.htm> Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula n. 403. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. **Súmulas**. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2312/Sumulas_e_enunciados. Acesso em:

20 nov. 2021.

BRASIL, UNICEF. **Adolescentes e o Risco de Vazamento de Imagens Íntimas na Internet**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_im agens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 22/09/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA SEPN. **diagnóstico da participação feminina no poder judiciári**o. Brasília-DF.2019.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro v 1** - parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 9786555592849. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592849/. Acesso em: 20/09/2021.

GONÇALVES, Carlos. R. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555592931. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592931/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

G1 SANTOS E REGIÃO. **Jovens que tiveram fotos íntimas expostas relatam consequências:**'era xingada por desconhecidos'. Isabella Lima, G1 Santos, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/07/03/jovens-que-tiveram-fotos-intimas- expostas-relatam-consequencias-era-xingada-por-desconhecidos.ghtml>. Acesso em: 09 nov. 2021.

LEI CAROLINA DIECKMANN: **Você sabe o que essa lei representa?**. Fundação Escola Superior Ministério Público. Disponível em: <https://fmp.edu.br/lei-carolina-dieckmann-voce-sabe-o-que-essa-lei-representa/> Acesso em: 07 nov. 2021.

LÔBO, P. **Direito civil**: parte geral: v.1. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593433/. Acesso em: 21 set. 2021.

MASCARENHAS, Y.; CINTRA, F.; BONINI, L. **A pornografia de vingança e o sexting entre adolescentes e jovens no brasil**. edição especial PIBIC, Out. 2018. Disponível em: <seer.umc.br/index.php/revistaumc/article/download/480/372>. Acesso em: 25 out. 2021.

PINHEIRO, Patrícia. P. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598438/. Acesso em: 03 nov. 2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Lei Carolina Dieckmann enfrentará dificuldades na prática**. Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr- 03/aplicacao-lei-carolina-dieckmann-enfrentara-dificuldades-tribunais> Acesso: 08 nov. 2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Sem meios eficazes**, lei Carolina Dieckmann até

atrapalha. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai- 10/pedro-beretta-meios-eficazes-lei-carolina-dieckmann-atrapalha>. Acesso em: 08 nov. 2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Acusação e Defesa**: Veja a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/veja-integra-audiencia-mariana-ferrer-estupro>. Acesso em: 11 out. 2021.

REVISTA JUS NAVEGANDI. **Pornografia de Vingança e uma breve reflexão das leis já existentes**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86609/pornografia-de-vinganca-e-uma- breve-reflexao-das-leis-ja-pre-existentes> Acesso em: 25 out. 2021.

SAFERNET. Indicadores help line. Disponível em: <https://helpline.org.br/indicadores/pt> Acesso em: 28 out. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**: Revista e Atualizada, 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. 9788522493449. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493449/. Acesso em: 22 set. 2021.

STOLZE, P.; FILHO, R. P. **Novo Curso De Direito Civil 1** - Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555595659. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595659/. Acesso em: 20 set. 2021.

SYDOW, Spencer Toth; DE CASTRO, Ana Lara Camargo. **Exposição pornográfica não consentida na internet**: da pornografia de vingança ao lucro. [Coleção Cybercrimes] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** - Parte Geral - v. 1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788597027181. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027181/. Acesso em: 04 out. 2021.

# **ÓRFÃOS DA PANDEMIA** : O PAPEL DO ESTADO À LUZ DO ORDENAMENTOJURÍDICO BRASILEIRO

Isadora Maia Fernandes[1]
Ana Mônica Medeiros Ferreira[2]

**RESUMO**

O artigo trata sobre a responsabilidade jurídica do estado brasileiro em relação aos órfãos gerados pela pandemia da Covid-19, buscando compreender a origem dessa situação, para identificar os danos que foram causados, no intuito de elaborar as melhores medidas de políticas públicas para enfrentar o problema. Ainda, busca abordar as influências dessa condição na precarização do Estatuto da Criança e do Adolescente, no intuito de comprovar a necessidade de novas medidas de proteção. Logo, a pesquisa documental visa mostrar a existência de graves consequências em faces dos órfãos originários da pandemia e também provar a necessidade de ações. Além disso, utiliza os métodos hipotético-dedutivo e dialético, pois parte da hipótese de existência do problema gerado pela crise sanitária e através de dados estatísticose análise bibliográfica são feitas reflexões sobre os direitos fundamentais envolvidos e a responsabilidade do Estado, apresentando limites e possibilidades.

**Palavras-Chave:** Órfãos. Pandemia. Covid-19. Estatuto da criança e do adolescente. Medidas.

**ORPHANS OF THE PANDEMIC:** THE ROLE OF THE STATE UNDER THEBRAZILIAN LEGAL SYSTEM

**ABSTRACT**

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: isadora_fdes@hotmail.com
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte Email: anamonicamf@gmail.com

The article is about the legal responsibility of the Brazilian state in relation to the orphans born out of the COVID-19 pandemic, in order to understand the origin of this situation, to identify the damage that has been caused, in turn to develop the best public policy measures to lighten the problem. It also seeks to discourse the influencesof this circumstance on the precariousness of the Child and Adolescent Statute, in order to prove the need for new protection measures. Therefore, the explanatory- documentary research aims to show the existence of serious consequences to the orphans originating from the pandemic, and also to prove the demand for actions. Moreover, it uses the hypothetical-deductive and dialectical methods, because it startsfrom the hypothesis of the existence of the problem generated by the health crisis, andthrough statistical data plus bibliographic analysis, reflections are made on the fundamental rights involved and the responsibility of the State, presenting limits and possibilities.

**Keywords:** Orphans. Pandemic. Covid-19. Child and Adolescent Statute. Measures.

## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia do coronavírus decretada em março de 2020, causou um pânico global, pois, a sociedade moderna nunca tinha vivenciado uma crise sanitária tão letale de tão rápido desenvolvimento. Assim, todos os governantes do mundo buscaram meios de combater o avanço da doença, acreditando ser algo temporário, dito isso, nada se foi pensado sobre os danos a longo prazo da doença.

Em pouco mais de dois meses da presença no país, mais de vinte mil pessoasjá haviam perdido as suas vidas, gerando um grande impacto na população brasileira,e fazendo com que a crise deixasse de ser apenas de saúde pública e passasse a ser considerada também uma crise política, econômica e social.

A situação dos órfãos do Brasil não deve ser considerada originada da pandemia, pois, essa problemática de órfãos já era um problema de grande escala noBrasil desde da década de 80. Contudo, jamais pode ser desconsiderado o fato de como as consequências da pandemia fizeram com que essa situação se agravasse ainda mais.

Assim, o presente trabalho possui como objetivo analisar a responsabilidade civil do estado brasileiro diante da situação desses órfãos. Para isso, é analisado quem são as pessoas que pertencem a esse grupo, explicando a complexidade do direito de família, e como órfão vai além do que aquele que perdeu seu pai e mãe deregistro. Também, é explanado os direitos da criança e do adolescente perante o ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de se compreender a violação de direitos fundamentais, e quais seriam as responsabilidades do estado brasileiro para garantira execução plena dos direitos desse grupo.

O artigo ao longo de seus três capítulos utiliza dois métodos, sendo eles, hipotético-dedutivo e dialético. O primeiro método se faz necessário, pois, a existênciado artigo tem como hipótese que existe uma responsabilidade do estado frente à tal situação, então utiliza o ordenamento jurídico, em especial, a Constituição Federal e o estatuto da Criança e do Adolescente, para provar a obrigação do Estado de garantirtais direitos, como também para demonstrar a negligência e omissão que ocorrida para que tal situação chegasse a esse ponto. Já o método dialético, busca argumentara necessidade de desenvolvimento de políticas públicas para assegurar a plena execução dos direitos da Criança e do Adolescente.

## 2 CRISE SANITÁRIA SEM PRECEDENTES E O SURGIMENTO DOS ÓRFÃOSNO CONTEXTO DA COVID-19: UMA REFLEXÃO SOBRE A VELOCIDADE DOS ACONTECIMENTOS E EVOLUÇÃO DA PANDEMIA

O Brasil já enfrentou diversas crises similares à pandemia de Covid-19, no quese trata do caos social, entretanto, apenas a partir da epidemia de HIV/AIDS que passou a existir uma maior preocupação com os órfãos. Nessa órbita, se faz necessário um breve retorno à história global, para compreender as semelhanças da pandemia de coronavírus com outras crises, no intuito de entender a sua magnitude e também extrair aprendizados.

Uma das primeiras crises que assolou a humanidade, de acordo com os nossos registros atuais, foi a Peste Bubônica, também conhecida como Peste Negra, tendo sido registrada primeiramente no ano de 541 D.C, quando chegou a dizimar cerca de40% (quarenta por cento) da população de Constantinopla, que além de ser a capital

do Império Bizantino, era de extrema importância para a economia global (FONSECA; IODICE; BERNARDO, 2020).

No ano de 1330, a doença reapareceu na China e passou a ser chamada de Peste Negra — devido às manchas negras que apareciam na pele dos doentes — e assim continuou a devastar as cidades, registros estimam que ela possa ter resultadona morte de pelo menos 100 (cem) milhões de pessoas na antiga Ásia e Europa (FONSECA; IODICE; BERNARDO, 2020).

Aquela sociedade vivia em uma realidade bastante diferente da nossa, onde a economia era quase que em sua totalidade fundada no feudalismo. Contudo, os impactos que eles sofreram se assemelham aos da nossa sociedade moderna, tendoem vista que a crise no comércio e na agricultura deixou a comunidade extremamente desamparada.

Após esse momento, a humanidade ainda enfrentou outra grande pandemia que acabou se tornando popularmente conhecida como Gripe Espanhola[3], que por setratar de uma enfermidade que ocorreu em um período de guerra não era possível monitorar o seu avanço, mas, historiadores sugerem que ela possa ter infectado cerca de 500 (quinhentos) milhões de pessoas, gerando um enorme impacto no globo (FONSECA; IODICE; BERNARDO, 2020).

No que se trata do Brasil o país havia recentemente passado por um período conturbado ocasionado pela Revolta da Vacina — população se recusava a tomar vacinas porque se tinha uma ideia que o governo pretendia matá-las — com isso houve uma grande dificuldade na efetivação de medidas de controle, já que acomunidade acreditava que tais atitudes tinham como objetivo controlar suas vidas.

Com isso, tal doença acabou resultando na morte de aproximadamente trinta e cinco mil brasileiros, e uma crise política e sanitária que até então não havia sido vivenciada pela recente República, mas disso o país conseguiu tirar algumas lições para o futuro, e após esse período passou a existir uma campanha para o saneamento e diversos programas de saúde pública (GOULART, 2005).

Anos se passaram sem a ocorrência de uma nova crise, até que no ano de 1981, começou a ser registrada outra moléstia, ocasionada pelo HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) que resulta na doença hoje conhecida como AIDS

[3] Surgiu durante a Primeira Guerra Mundial, onde a Espanha era considerada um país neutro e de imprensa livre, por isso foi a que começou a registrar o maior número de casos, levando assim o nomeda doença.(FONSECA; IODICE; BERNARDO, 2020)

(Síndrome da Imunodeficiência Adquirida). Diferente das demais doenças mencionadas anteriormente, essa atacava diretamente o sistema imunológico — até a década de 80 não se tinha noção exata de seu funcionamento — com isso passou a apresentar uma alta taxa de letalidade (MAGALHÃES; TIMERMAN, 2015).

De início a HIV começou infectando apenas a parcela mais bem afortunada da população — acredita ter sido em razão do contato com pessoas de outros países — mas logo ela passou a se espalhar em todas as camadas da sociedade, atingindo principalmente os mais jovens. Devido a essa situação e ao fato de que um tratamento para diminuir os danos da doença demorou a ser encontrado, a moléstia começou a se estabelecer no país, fazendo com que diversas famílias fossem devastadas.

Um fator diferente da AIDS que não se sabia até então é que ela pode ser passada de mães para filhos, devido a esse aspecto da moléstia, houve um aumentono número de crianças contaminadas, e também, um crescimento no registro de órfãos — caracterizado pela baixa expectativa de vida para um soropositivo naquela época, e a alta letalidade da doença.

Assim, uma pesquisa da UNAIDS (Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids) revelou que existiam no Brasil no ano de 2001 cerca de 127 000 (cento e vinte e sete mil) órfãos gerados por tal doença (FRANÇA-JUNIOR; DORING; MARIA STELLA, 2006), mas após esse ano o país não continuou a fazer uma amostra para quantificar esse número de crianças que perderam um de seus cuidadores, e também não buscou alternativas para assegurar o direito dessas crianças e adolescentes, para que elas pudessem viver uma vida equiparada ao esperado pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Dessa maneira, apesar da grave situação ocasionada pela crise da AIDS, anosse passaram e o Brasil não conquistou uma evolução relevante referente aos órfãos.Assim, no dia onze de março do ano de 2020, quando a pandemia do coronavírus foidecretada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), não se tinha noção do quantoa mesma iria afetar a situação dos órfãos e de toda a população brasileira (BRASIL, 2020a).

## 2.1 EVOLUÇÃO DA PANDEMIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

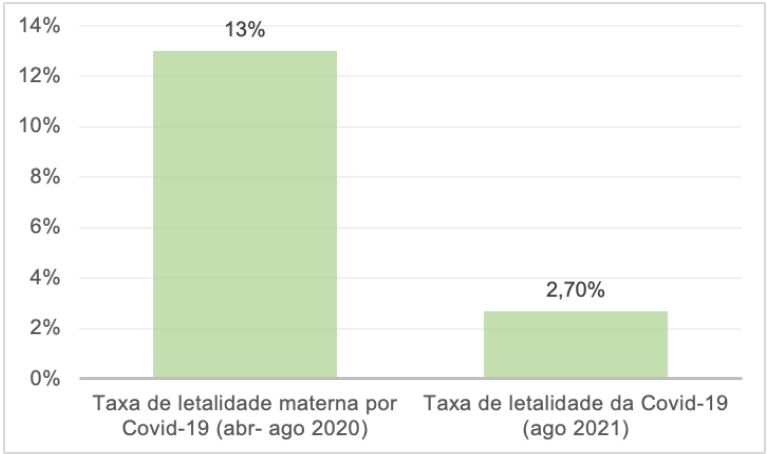
A evolução da doença foi tão rápida que não deu tempo para mensurar as suas possíveis consequências e gerar medidas de controle. O que a grande parte do mundo pensava naquele momento era em formas de controlar o vírus, para que fosse possível poupar o maior número de vidas. Contudo, a quarentena que inicialmente duraria quinze dias, acabou se estendendo por muito mais tempo, e as mortes continuaram a crescer em um exponencial inusitado.

No dia quinze de março do ano de 2020 foi registrado a primeira morte por Covid-19 no Brasil, e apenas sessenta dias depois já se registrava mais de novecentas mortes diárias, como confirma o portal da transparência do Registro Civil. Com isso, naquele momento mais de vinte mil famílias haviam perdido entes queridos para a Covid-19 (REGISTRO CIVIL, 2021a).

O número de órfãos começou a crescer bastante, porém, ainda não se sabia de outro fator que iria causar avanço ainda maior. Ao longo do ano de 2020, médicos começaram a observar um agravamento da mortalidade materna pela Covid-19, ficou comprovado que a gestação também poderia ser um grande fator de risco para o coronavírus (SOUZA; AMORIM, 2021).

Nessa órbita, a mortalidade materna em decorrência do SARS-CoV-2 chegou a uma média de 13% (treze por cento) entre os meses de abril e agosto de 2020, sendo quase cinco vezes superior à taxa de letalidade padrão da Covid-19 de agostodo ano de 2021 que se encontrava em 2,7% (dois vírgula sete por cento) de acordo com relatório da Fiocruz (FIOCRUZ, 2021), sendo possível visualizar essa disparidade no gráfico a seguir.

**Gráfico 1**- Comparação de taxas de mortalidade




Fonte: (FIOCRUZ, 2021)

Logo, é visto que com o aumento da mortalidade materna, as probabilidades de surgimento de órfãos também aumentam imensamente. Dessa maneira logo se terá uma geração de crianças que não chegaram a conhecer suas mães e ainda perderam diversos de seus responsáveis.

Assim, verifica-se a urgente necessidade de medidas de auxílio às políticas públicas de enfrentamento a pandemia, além do cumprimento efetivo da legislação vigente, pois, apesar da doença não possuir uma grande letalidade em crianças e adolescentes, ela afeta os mesmos de uma forma direta, causando danos extremamente nocivos para o psicológico, sustento e desenvolvimento social dos mesmos.

## 2.2 ÓRFÃOS: ASPECTOS CONCEITUAIS E JURÍDICOS PARA A COMPREENSÃODO TEMA

A legislação brasileira não traz em sua redação uma definição específica parao termo “órfão”, nem mesmo o ECA foi capaz de expor quem são as pessoas que pertencem a esse grupo. Assim, será utilizada a definição oferecida pelo dicionário de língua portuguesa, Aurélio que diz “órfão: adj. 1.que perdeu os pais ou um deles. 2.abandonado, desamparado” (AURÉLIO, 2010).

É visto que para tal glossário, órfão, não é apenas quem perdeu ambos os pais,e sim quem perdeu um dos dois, ainda, no artigo será abordado apenas aqueles menores de dezoito anos, tendo em vista que os maiores de dezoito anos são considerados adultos perante a lei.

A problemática das crianças que perderam alguma das suas referênciaspaternas e maternas infelizmente não é um resultado apenas da pandemia da Covid-19. Como visto no tópico anterior, existem relatos do aumento desse número desde do início da década de 80 — relacionado ao surgimento da AIDS, tendo aumentado em cerca de 27.000 até o início do ano 2002 (REVISTA DE SAÚDE PÚBLICA, 2006).Acontece que os dados relacionados ao número órfãos são bastante escassos, pois nunca se teve interesse governamental para inserir esse grupo nas pesquisas estatísticas do país.

O último dado anterior da pandemia que se tem em relação a totalidade deste grupo é do ano de 2005, onde a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) estimou que o Brasil tinha 3.7 milhões de crianças órfãs, de pai ou mãe (BRASIL, 2007). Dessa forma, analisando os dados de jovens daquela época através do

DATASUS (Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde)[4], é possível chegar ao dado de que esses órfãos representavam cerca de 5,4% (cinco vírgula quatro por cento)[5] do número de crianças e adolescentes do Brasil (DATASUS, 2020).

Com isso é visto que já existia uma forte presença desse grupo na população brasileira, apesar de ser marginalizado pelas estatísticas, e ainda sim, não houve implementação de medidas eficazes de apoio ao sistema de proteção infantil.

Para a discussão jurídica acerca dos órfãos no Brasil se faz necessário também analisar a evolução normativa e interpretativa do conceito de pais em nosso ordenamento jurídico. Isso porque a legislação do Brasil deixou para trás o conceito de parentalidade abordado pelo Código Civil de 1916, em que tratava apenas como legítimos os filhos adquiridos na constância do casamento, e todos os outros — adotados ou fora do casamento — não possuíam as mesmas garantias.

Assim, a constituição de 1988 trouxe uma inovação para o ordenamento, equiparando todos filhos ao mesmo patamar, como é visto a seguir:

> Artigo 227, §6: 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. [grifo da autora] (BRASIL, 1988).

Logo, a partir desse momento passou a não existir mais a distinção entre os filhos biológicos e afetivos, sendo reafirmado também pelo Código Civil de 2002 em seu art. 1593, que diz: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem" (BRASIL, 2002). Todavia, a sociedade sentiu uma lacuna da legislação, no que se tratava de formas de adquirir essa parentalidade.

Então, a doutrina jurídica passou a entender a existência de três tipos de parentalidade, sendo eles: Parentesco consanguíneo, Parentesco por afinidade e Parentesco civil. Sendo o primeiro utilizado para designar as relações que surgem através do vínculo sanguíneo, seriam aqueles parentes biológicos. Já o segundo se refere àquela relação que surge através do vínculo matrimonial — no caso da criançae do adolescente seria o padrasto ou a madrasta. Por fim, a última se refere à relação

[4] DATASUS é um sistema de dados do SUS (Sistema Único de Saúde), que oferece através daplataforma Tabnet diversos dados referentes ao desenvolvimento da população brasileira.

[5] O cálculo foi realizado através da multiplicação do número de órfãos, 3.700.000 (três milhões e setecentos mil), vezes 100 (cem), dividido pelo número de jovens 63.973.003 (sessenta e três milhõese novecentos e setenta e três mil e três).

adquirida por meio da adoção ou outro meio legal (TARTUCE, 2021a).

Foi apenas no ano de 2016 através de um Recurso Extraordinário de número 898.060 que fixou o STF fixou a tese jurídica a respeito da paternidade socioafetiva:

> A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impedeo reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (BRASIL, 2016)

Com isso, tal entendimento a doutrina estabeleceu que o vínculo socioafetivo não seria menos importante do que aquele gerado pelo sangue. Para determinar a existência de tal vínculo o STF (Supremo Tribunal Federal), definiu em tal julgamento que deveriam ser utilizados os critérios de reconhecimento da união estável para definir essa parentalidade.

Logo, para o reconhecimento da paternidade socioafetiva será necessário a anuência dos pais biológicos, a vontade da criança (se for maior de 12 anos), e aindao preenchimento dos três critérios: o do tratamento, da fama e do nome. O primeiro possui a intenção de provar que as partes se tratam como pais e filhos, perante a sociedade. Já o segundo critério, busca provar a relevância daquela relação, ou seja,a associação era de conhecimento da sociedade. E por fim, o critério do nome, que se refere à utilização do nome do pai socioafetivo — doutrina em sua maioria dispensatal critério (TARTUCE, 2021a).

Com essa evolução doutrinária é possível observar uma modificação do direito de família, trazendo o princípio da afetividade como algo inerente à sobrevivência humana, logo, o afeto deve sobrepor o vínculo biológico, e pai passa a ser aquele que exerce esse papel para a criança, e não apenas aquele que consta em seu registro, gerando a discussão se órfão realmente seriam apenas aqueles que perderam os seus pais de registro (MADALENO, 2021).

Nos últimos anos, houve um crescimento do grupo de avós que cuidam dos netos, como se filhos fossem, em determinados casos, esses cuidadores assumem a criação dos mesmos no período de trabalho dos pais — geralmente o dia inteiro. Contudo, em outras situações eles são obrigados a admitir essa custódia devido ao fato dos pais serem adolescentes, e não possuírem preparo para educar uma criança,

ou devido ao falecimento dos pais da criança e até mesmo motivos de doença (MAINETTI;WANDERBROOCKE, 2013).

Assim como os avós, muitos tios também representam esse papel na vida dessas crianças e adolescentes. Os casos mais recorrentes em nosso país, são os de falecimento de um dos pais, e a inexistência ou idade avançada dos avós, leva ostios a assumirem essa responsabilidade (AMAZONAS et al, 2004). Um recente julgadodo Espírito Santo reconheceu os tios como pais socioafetivos, inclusive, determinando a guarda compartilhada com o pai da menina, e alteração do registro civil da mesma, para apresentar o nome dos tios e dos pais biológicos — constando assim a multiparentalidade (IBDFAM, 2021).

Além dos tios e avós, podem ser observados os casos das madrastas e padrastos, padrinhos e madrinhas, e até mesmo irmãos. Assim, órfão seria aquele que perdeu a sua figura paterna ou materna, não importando o reconhecimento legaldessa relação, pois, a afetividade é de maior relevância do que um mero aspecto formal, ou seja, o que interessa é a representatividade dessas pessoas na vida dessasmeninas e meninos.

Uma vez que os laços afetivos se tornam relevantes no novo contexto do Direitode Família brasileiro, deve-se destacar o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária nos termos do ECA, tal direito que será abordado no capítulo seguinte, afirma que a criança deve ser criada no seio de sua família, ou excepcionalmente no seio da família substituta (BRASIL, 1990).

Nesse contexto, também é preciso analisar a situação da família ampliada, exposta no ECA em seu 25º artigo:

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

A letra da lei diz que esse tipo de família é aquele representado por avós, tios, primos, dessa forma, para ser considerado parte dessa família também prevalece os laços afetivos sob os laços de parentesco (MADALENO, 2021).

Essa família não deve ser confundida com a família socioafetiva, pois aquela se trata de pessoas que exercem o papel de pai e mãe na vida das crianças, ainda que

não sejam biologicamente ou legalmente. Já essa, se trata daqueles que possuem uma função afetiva ou de afinidade, diferente da paternal e maternal, mas, de grande relevância para o desenvolvimento dos mesmos.

Como o próprio artigo do ECA explica, a convivência familiar vai além da convivência com pai e mãe, atingindo também a família extensa. Em diversas famíliasem que se existe uma grande proximidade e afeto entre os parentes, essas pessoas exercem um papel importante no crescimento dessas crianças e adolescentes, pois, além fazerem parte da sua rede de apoio, possuem relevância na criação de suas identidades culturais, já que muitas vezes é através desses parentes que se é contadoas suas origens. Logo, a ausência física dessas pessoas ocasionada pela morte geraum impacto direto nas vidas dessas crianças e adolescentes (NUCCI, 2020).

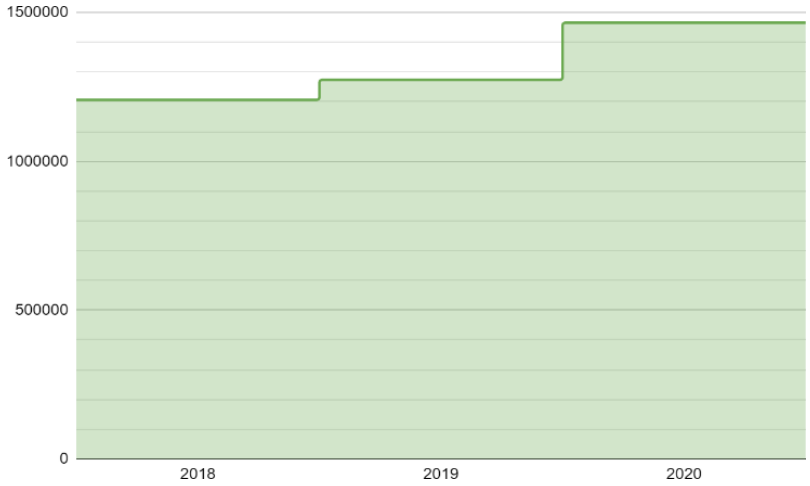
## 2.3. OS ÓRFÃOS DA PANDEMIA: OBJETOS OU SUJEITOS DE DIREITOS?

Como discutido anteriormente, a pandemia de coronavírus se desenvolveu em um curto espaço-tempo, de forma que gerou diversos transtornos para a sociedade, sendo um deles o aumento significativo no número de órfãos.

Uma análise global do número de menores que perderam os seus pais para a pandemia, constatou que no Brasil os dados são de 113 mil órfãos ou 130 mil se contar aqueles que estavam sob custódia dos avós (HILLIS, 2021). Assim, apesar de não seter um grau comparativo do crescimento desse número ao longo dos anos, podemossupor que ele é maior do que o de anos anteriores.

Para realizar tal conjectura foi analisado o número total de mortes no Brasil nos anos de 2018, 2019 e finalmente a de 2020, a fim de perceber a disparidade no número de óbito no em que a pandemia estava em evidência, e dessa forma, supor que o número de órfãos cresceu mais do que em anos anteriores (REGISTRO CIVIL,2021).

**Gráfico 1** - Total de óbitos no Brasil




**Fonte**: (REGISTRO CIVIL, 2021b).

O gráfico de degraus foi adotado, pois através dele é possível verificar com maior clareza que no ano de 2018 o número de mortes foi de 1.206.529 (um milhão eduzentos e seis mil e quinhentos e vinte e nove), aumentando para 1.273.707 (um milhão e duzentos e setenta e três mil e setecentos e sete) em 2019, contudo, em 2020 houve um aumento para 1.465.239 (um milhão e quatrocentos e sessenta e cinco mil e duzentos e trinta e nove) (REGISTRO CIVIL, 2021b).

Logo, é possível ver que mesmo com a carência de dados relativos ao aumentono número de órfãos no Brasil, consegue-se entender que o aumento foi maior do queem anos anteriores, tendo em vista que a orfandade está diretamente relacionada ao número de mortes.

Porém, mesmo com tais suposições, acredita-se que os dados ainda possam estar defasados perante a realidade, isso se deve ao fato de que quando se trata de avós, existe uma dificuldade em realizar um controle de dados, pois, muitas vezes os mesmos cuidam dos netos como se fossem filhos sem jamais terem colocado os mesmos como dependentes, fazendo com que a estatística não os atinja.

Por fim, os órfãos da pandemia são todos aqueles menores que perderam pessoas que faziam o papel de um pai ou mãe, sejam essas pessoas, madrastas ou padrastos, avós e avôs, ou tios e tias.

## 3 ÓRFÃOS DA PANDEMIA À LUZ DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRALNO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A realidade apresentada anteriormente com esses novos desafios pela pandemia faz com que seja questionado as atuais medidas de proteção dos direitos da criança e do adolescente nessa situação de vulnerabilidade específica. Para compreender a relevância dos direitos conquistados pelo ECA é preciso realizar um breve resumo da evolução histórica das conquistas de direitos da Criança e do adolescente.

A partir do século XVIII, começa a surgir uma leve preocupação com a criançae do adolescente, sendo afirmado nesse momento que os mesmos deveriam ser criados no seio familiar, contudo, ainda se tem a ideia de que crianças não eram possuidoras de direitos. Logo, a ideia de crianças e adolescentes como sujeitos de direito só passa a existir a partir do século XX.

Na primeira constituição do Brasil — Carta de 1824 — não houve qualquer menção aos direitos da criança e do adolescente, ainda para tal legislação, não havia diferença entre crianças e adultos, podendo os menores de 14 anos serem julgados como criminosos, se assim fosse o entendimento do juiz.

A Constituição de 1891 surge em um novo contexto, pois, ocorreu em um contexto histórico pós abolição da escravidão, assim, traz a ideia de que todos eram iguais perante a lei. Contudo, não faz qualquer menção aos direitos da criança e do adolescente. Entretanto, o crescimento do trabalho infantil proporcionado pela Revolução Industrial, passou a exigir a criação de um código específico para os menores.

Nesse passo, tem o surgimento do Código de Mello Mattos no ano de 1927, tal estatuto é de extrema importância na conquista dos direitos da criança e do adolescente, no sentido de que foi a primeira legislação a mencionar os mesmos, e afirmar o dever da família de atender as necessidades deles. Entretanto, esse estatuto tratava apenas dos direitos daquelas crianças que representavam um "problema" parao estado, assim, só abrangia os "menores delinquentes" e "menores abandonados" (ZAPATER, 2019).

No ano de 1934 surge a primeira Constituição a trazer um capítulo dedicado à família, nessa órbita de proteção à família, o art. 138 bastante relevante para o avançodos direitos dos órfãos, em que diz:

> Art. 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:
> ...e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o

abandono físico, moral e intelectual... (BRASIL,1934).

Como demonstrado, passou a existir uma responsabilidade do estado, de criar leis no intuito de assegurar a proteção a essas crianças abonadas. Ou seja, essa maior valorização da família trouxe à tona a problemática da orfandade (BRASIL,1934).

Na Carta de 1937, persiste o pensamento da anterior de não entender que as crianças e adolescentes eram sujeitos de direitos, e sim um problema a ser resolvido, logo, o estado brasileiro tinha o dever de garantir meios para solucionar esta situação.Já a Constituição de 1947, permanece nos mesmos critérios anteriores, mas traz a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem), que unificou as políticas públicas para os menores, ainda que se restringisse apenas aqueles considerados "expostos".

A ditadura militar foi instaurada no Brasil no ano de 1964, e logo, surgiu a Constituição nos preceitos dos governantes da época, entretanto, não houve qualquer menção à infância e juventude. Durante tal regime, também surgiu o Código de menores de 1979 que não trouxe grandes mudanças do código de Mello Mattos.

Enquanto o Brasil enfrentava esse período de restrição de direitos, internacionalmente já se falava sobre uma valorização dos direitos humanos, inclusive em 1948 já se tinha a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo o fim da segunda guerra mundial como consequência dessa evolução.

No tocante aos direitos da criança, também houve uma mudança significativa. Após o fim de tal guerra, teve-se criação da ONU (Organização das Nações Unidas) e consequentemente da UNICEF, no intuito de resguardar os direitos das crianças que haviam ficado órfãs durante aquele período, então em 1959 a DeclaraçãoUniversal dos Direitos da Criança passa a reconhecer os mesmos como sujeitos de direito, e não apenas um "problema" a ser resolvido pelo estado.

A evolução também chegou ao Brasil, através do surgimento da Carta Magna de 1988, cortando completamente laços com a legislação anterior e trazendo uma valorização dos Direitos Humanos, assim, buscou acompanhar a mudança global, e trouxe a proteção integral da criança e do adolescente, revogando aquele conceito de separação entre crianças que precisavam de auxílio do estado e aquelas que não precisavam.

Por fim, surge a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, com a intenção de especificar os direitos da criança e do adolescente, trazendo a questão da autonomia, liberdades civis, direitos sociais e econômicos. Assim, essa convenção é ratificada pelo Brasil em 1989 e passa a ter um caráter vinculante.

Ante o exposto, foi visto a necessidade de uma modificação do estatuto protetorda criança e do adolescente, tendo em vista, que o último havia sido elaborado duranteo período militar, e não considerava as novas alterações sofridas pela legislação Brasileira e mundial. Diante disso, surge o atual estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado pelo Brasil no ano de 1990 (ZAPATER, 2019).

O ECA foi estabelecido através da Lei Federal de nº 8.069/90, e em seus artigos ele apresenta os direitos da criança e do adolescente, como também a obrigação da sociedade e do poder público de assegurar a proteção absoluta de tais direitos, para isso, ele também apresenta por meio de seus artigos formas de execução de tais garantias, como poderá ser visto no tópico a seguir.

## 3.1 DA ABSOLUTA PRIORIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Quando se fala do ECA temos o 4º artigo como um dos basilares de tal estatuto,ele fala sobre diversos direitos da criança e do adolescente que devem ser assegurados pela família, sociedade e estado, como podemos ver na citação a seguir:

> 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.
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
> c) **preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas**;
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude [grifo da autora] (BRASIL, 1990).

O referido artigo traz uma complementação do art. 227 da Constituição Federal[6],

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

dessa forma, passa a ser também um princípio constitucional. A ideia dessa norma, é dar preferência a garantia dos direitos das crianças e adolescentes, no intuitode garantir que todos os brasileiros sejam tratados de forma igualitária (ZAPATER, 2019).

Não foi de interesse do legislador afirmar que as crianças e adolescentes seriam melhores que os outros grupos por isso deveriam ser priorizados, a intenção étratar todos os grupos de forma equitativa, ou seja, tratar de forma desigual os desiguais, para garantir a igualdade de direitos, assim, é assegurado uma prioridade a tal grupo, pois, eles possuem uma vulnerabilidade como sujeitos de direito, por ainda estarem em processo de formação, necessitando do auxílio de outras pessoas.

O artigo 4º traz que os mesmos devem ser preferidos em relação a outros grupos, contudo, essa priorização nunca foi realizada pelo Poder Executivo, assim, ao longo dos anos foi sentido pela sociedade a necessidade de atualização do ECA, masas respostas sempre foram a falta de verbas. Ainda que diversas outras áreas que não eram consideradas constitucionalmente como prioridade — festas e jantares de políticos — tenham continuado a receber verbas públicas (NUCCI, 2020).

Assim, a negligência em relação aos órfãos no período de pandemia, não se trata de uma novidade proporcionada pela crise sanitária, apenas uma perpetuação de uma ideia de longos tempos, de priorizar outras áreas que não as competentes àscrianças e adolescentes. Dessa forma, como um dever social, moral e ético, se faz necessário buscar o melhor interesse desse grupo vulnerável, e garantir que pelo menos os seus direitos básicos sejam assistidos.

## 3.2 DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA PARA CRIANÇAS EADOLESCENTES

Como visto anteriormente o art. 4º, fala sobre direitos essenciais da criança e do adolescente, dentre eles podemos ver a convivência familiar:

> 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 **convivência familiar e comunitária**. [grifo da autora] (BRASIL, 1990)

Tal direito foi diretamente afetado pela pandemia, primeiramente pelo isolamento social, e em seguida pelas mortes. Como visto, diversas crianças e adolescentes perderam suas figuras paternas e maternas, e também aqueles que estavam presentes em seu convívio — família ampliada — e agora vamos compreender a importância desse contato familiar, como também os efeitos de sua ausência.

Esse princípio está relacionado ao desenvolvimento dos jovens, a convivência familiar é essencial para a formação dos mesmos, pois é através dela que eles vão tirar os seus referenciais de vida, formar a sua moral, costumes e também usará ela como um porto-seguro durante a fase de crescimento (PEREIRA, 2018).

Podemos admitir ainda que o convívio social e familiar dessas crianças evita problemas futuros para a própria sociedade, pois é evidente que um menor em desenvolvimento precisa de uma figura que lhe imponha limites, tendo em vista que uma criança ainda não sabe aquilo que é certo ou errado, e através dessas limitaçõesirão começar a formar sua própria definição.

Um infante em formação também necessita com urgência de afeto e carinho, pois essas crianças muitas vezes podem crescer sentindo-se inseguras, ou atémesmo incapazes de amar o próximo. Principalmente, os órfãos que além de estaremem meio a um processo de formação, ainda possuem a necessidade de lidar com umaperda tão grande, é preciso ver que muitas dessas crianças que estão em situação deorfandade, tiveram que lidar com a perda de diversos parentes.

Logo, precisam de um grande apoio psicológico para entender o porquêaquelas pessoas que estavam cuidando delas não estão mais ali presentes, no intuitoque isso não acabe gerando um possível trauma e eles cresçam com o sentimento derejeição.

Assim, o ECA traz uma solução em seu art. 19 a possibilidade de adoção em casos que o os menores não tenham a possibilidade de conviver com sua família originária, como uma possibilidade de amenizar o impacto na convivência familiar e social, como dispõe o artigo a seguir:

> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e **educado no seiode sua família** e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. [grifo da autora] (BRASIL, 1990).

Contudo, a adoção é outro problema de enfrentamento no Brasil, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça no dia 21 de setembro de 2021 tínhamos 29.194 crianças em abrigos, porém apenas 4.220 estavam disponíveis para adoção (CNJ, 2021). Esses dados refletem a realidade do sistema de adoção brasileiro, que é extremamente lento, e ineficaz, pois se existisse uma burocratização menor no sistema, as crianças passariam menos tempo em lares de apoio e logo seriam acolhidas por novas famílias.

Mas, o que acontece é que o sistema demora muito, e quando chega o momento em que as crianças realmente estão aptas para receber uma nova família, já estão "velhas" demais, pois infelizmente ainda temos enraizado o pensamento na nossa sociedade que apenas crianças pequenas são aptas para a adoção.

De toda forma, a intenção deste trabalho não é detalhar o processo de adoçãono Brasil, mas sim explicar a debilidade da solução oferecida pelo ECA para garantir a convivência familiar e comunitária, mostrando a necessidade de novas medidas para assegurar esse direito tão precioso. Não podemos permitir que crianças que tiveram que lidar com a perda de seus tutores sejam obrigadas a passar anos no sistema, aumentando cada vez mais os seus traumas e sentimentos de rejeição, ainda que tenham famílias disponíveis para adotá-las.

## 3.3 DA PROTEÇÃO À VIDA E À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Outro aspecto a ser abordado a precariedade na aplicação do princípio constitucional da dignidade humana, disposto em seu art.1, III:

> 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**; [grifo da autora] (BRASIL, 1988)

No espectro de crianças e adolescentes que perderam um ou mais de seus tutores, vemos que a aplicação de tal princípio não é funcional, tendo em vista que a

dignidade humana abrange diversas características, que em resumo poderíamos dizer que ela representa uma qualidade de vida aceitável dentro dos padrões do homem médio, ou seja, convívio familiar, um lar para morar, lazer, educação, saúde e outros.

Anteriormente foi abordado o problema do sistema de adoção para falar daqueles que ficaram sem nenhum de seus tutores, mas também precisamos falar dos que ficaram com algum familiar, e apesar disso ainda enfrentam outras dificuldades. Vemos que a manutenção financeira desses jovens é outro obstáculo, pois como mostrado anteriormente 130 mil crianças e adolescentes perderam os seus responsáveis, ou seja, aqueles que lhe sustentavam.

Com isso vemos que essas pessoas não perderam apenas aqueles que amavam, perderam também as suas estabilidades financeiras, pois, se antes o lar tinha uma mãe e um pai para o manter o sustento de dois filhos, agora pode ter apenasum deles para tentar manter qualidade de vida dos filhos, resultando muitas vezes que tenham de procurar outros empregos, reduzindo o apoio familiar a essas crianças nesse momento crucial (KIDMAN, 2021), surgindo a necessidade de programas de apoio financeiro para essas crianças.

Já quando se fala em direito à saúde da criança e do adolescente, logo se faz essencial a leitura do 7º do ECA que fala o seguinte:

> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção **à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas** que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. [grifo da autora] (BRASIL, 1990c).

Com isso o estatuto não apenas afirma que é direito dos menores ter acesso à saúde, mas também declara a necessidade de implementação de políticas públicas para garantir o desenvolvimento dos mesmos em condições dignas.

Para provarmos uma lacuna na efetivação de tal direito precisaremos discutir sobre a abrangência do conceito de saúde. Nessa órbita, a Organização Mundial de Saúde (OMS), no ano de 1946, estabeleceu que saúde não se tratava apenas da ausência de doenças físicas, mas também significava um estado de completo bem- estar físico, mental e social (BRASIL, 2021). Portanto, vemos que apesar desses jovens não estarem obrigatoriamente sujeitos a desenvolver doenças físicas, eles nãoestão saudáveis, tendo em vista que a saúde mental foi diretamente afetada por estasituação.

Um estudo de abril do ano de 2020, trouxe a necessidade de observar as lições que

os órfãos do HIV poderiam trazer para os da COVID-19. Foi visto através dos anos, que a orfandade afetava o desenvolvimento das crianças, e que aqueles que perderam os pais eram mais propensos a desenvolverem ansiedade, depressão e estresse pós-traumático e ainda foram mais propensos a abandonarem os estudos (KIDMAN, 2021).

Por conseguinte, sugere-se a necessidade de um apoio psicológico individualizado para essas crianças, no intuito de trabalhar esses traumas e evitar uma possível evolução para um problema maior. Também sugere um apoio à família, ela afirma que uma das lições aprendidas em sua vida foi que crianças com um ambiente familiar mais estável conseguem superar os seus traumas de uma forma mais rápidae eficaz.

Nesse sentido, é preciso não somente cuidar dos traumas desses menores, como também fortalecer os laços familiares, de modo que fortaleça a rede de apoios dos pequenos. Ainda, a aplicação dessa medida deve ser estendida também para aqueles que adquiriram novos lares, para que eles sejam capazes de confiar na novafamiliar, e também compreenderem o motivo daquela situação.

Diante disso, compreendemos que diversos direitos da criança e do adolescente estão sendo violados nessa nova situação de orfandade, e que apenas a proteção constitucional e do ECA não está sendo suficiente, se fazendo necessário a implementação de novas medidas. Em síntese, não precisamos deixar essas crianças sofrem mais do que o necessário para buscar novas medidas, podemos sim aprender com outras experiências e implementar novas medidas.

## 4 RESPONSABILIDADE ESTATAL E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OSÓRFÃOS DA PANDEMIA: LIMITES, DESAFIOS E POSSIBILIDADES

Antes de analisar a responsabilidade estatal frente a situação dos órfãos da pandemia, é necessária uma breve síntese a respeito da responsabilidade civil. Quando se fala nessa responsabilidade pressupõe que existe um contrato ou norma que regula determinada obrigação, e que essa obrigação foi descumprida, seja por um ato omissivo — deixou de fazer algo — ou comissivo — fez algo que descumpriua regra. Dessa forma, esse descumprimento da obrigação gera um prejuízo a um terceiro, que deve ser indenizado.

Quando se fala da responsabilidade civil do estado, ela possui a sua

fundamentação na tanto na Constituição Federal de 1988, como no código civil, onde falam que o estado em que dizem que as pessoas jurídicas de direito público são responsáveis pelos atos de seus agentes que prejudicarem terceiros, contudo, existe uma lacuna quando se fala dos casos de omissão, já que grande parte da doutrina acredita que em casos de omissão, a responsabilidade do estado é objetiva, e outra acredita que é subjetiva (TARTUCE, 2021b).

A par disso, o grupo formado por Celso Ribeiro Bastos e Hely Lopes Meirellese outros (TARTUCE, 2021b), compreendem que a responsabilidade é objetiva, logo, não é preciso demonstrar culpa ou dolo, pois, o fato de ele não agir naquela situaçãojá comprova a sua negligência, sendo assim obrigado a responsabilizar a pessoa quefoi prejudicada por tal omissão. Por outro lado, o grupo formado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, Celso Antônio Bandeira e outros (DI PIETRO, 2021), acreditam que tal responsabilidade é subjetiva, pois para eles é preciso demonstrar que o estado tinha o dever de agir para evitar tal fato, e tinha meios para agir para evitar determinado dano (DI PIETRO, 2021).

A luz do que foi visto anteriormente, esse artigo segue a primeira corrente, pois como fala o civilista Flávio Tartuce em sua obra o estado tem o dever de no mínimo seguir com as suas obrigações sociais, levando em consideração as diversas situações de omissão que ocorrem no país (TARTUCE, 2021b). Concluindo, a intenção é mostrar que, ainda que o estado brasileiro não seja responsabilizado pelasituação atual dos órfãos, ele tinha e tem meios de agir para assegurar a garantia dedireitos fundamentais desse grupo, conforme será demonstrado nos tópicos a seguir.

## 4.1 POLÍTICAS PÚBLICAS APLICÁVEIS AOS ÓRFÃOS: POSSIBILIDADES NO CONTEXTO BRASILEIRO.

Como visto nos capítulos anteriores, os órfãos não são carentes de direitos, pois, os mesmos estão descritos não apenas no ECA, como também na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e por fim na própria constituição federal. Porém, a dificuldade encontrada foi na efetivação de tais direitos, que estão sendo negligenciados pelo estado — responsável perante a lei para criar medidas de efetivação de tais direitos.

Assim, em primeiro momento se faz necessário o mapeamento da orfandade

presente no Brasil, não apenas da pandemia como no geral, para que seja possível aferir com precisão a quantidade de crianças e adolescentes em tal situação, e quais condições de vida em que eles vivem.

Tal mapeamento poderia ser realizado pelo IBGE, levando em consideração que o instituto é responsável pelo Censo demográfico brasileiro, onde verifica a situação de toda a população. Já no tocante a questão financeira, o censo poderia serrealizado em conjunto com a UNICEF, que por si tratar de um fundo de proteção da infância e da juventude, possui interesse no mapeamento dos mesmos, tendo em vistaque o primeiro e único registro do número total de órfãos do país foi obtido através deuma iniciativa desse fundo.

Assim, após esse mapeamento, poderá ser realizado um planejamento de políticas públicas de assistência para esses órfãos. O censo é de extrema relevância porque sem ele, não é possível ter uma precisão da situação atual dessas crianças e adolescentes, com isso, qualquer medida criada sem um planejamento ideal, e com intuito de apenas resolver um "problema" não será suficiente.

Nesse passo, algumas medidas foram adotadas no Brasil no intuito de protegeros órfãos, como o caso dos estados do nordeste que decidiram através do consórcio nordeste destinar R$ 500,00 (quinhentos reais) aos órfãos da pandemia, até que eles atinjam a maioridade (G1, 2021). Também foi criado um projeto de lei 1305/21 pelo Congresso Nacional, que possui como objetivo fornecer um salário mínimo para todosos órfãos da pandemia até completarem a maioridade (BRASIL, 2021).

O projeto de lei 1305/21 já é um grande avanço para os órfãos, tendo em vista, que a medida busca unificar os valores das "pensões" aplicados no país — iniciativa de determinados estados — e também garantir esse auxílio a todos os atingidos. Contudo, a distribuição desse valor sem um devido mapeamento dos órfãos, pode fazer com que diversas crianças e adolescentes sejam deixadas de lado.

Ainda, não se pode pensar que essa medida é suficiente para assegurar todosos direitos que estão sendo violados desses órfãos. Conforme visto no capítulo anterior, esses órfãos não carecem apenas de um auxílio material, eles necessitam também de um apoio psicológico e social.

Assim, seria de extrema importância a criação de um programa de apoio psicológico para as famílias que perderam parentes para a pandemia e não apenas para as crianças, tendo em vista, que elas não foram as únicas afetadas por tal crise,aqueles

que cuidam delas também foram fortemente abalados, pois, além de perderem aqueles que amavam, tiveram de assumir uma responsabilidade que não tinham antes[7].

Dessa forma, diversos jovens-adultos foram obrigados a assumir grandes responsabilidades sem um preparo psicológico ideal. Então, no intuito de estabelecero melhor ambiente familiar possível para o desenvolvimento dessas crianças e adolescentes, é sugerido a criação de um programa de apoio psicológico.

A ideia de um programa específico para a implementação de uma política pública direcionada poderia ser desenvolvido pelo Ministério da Saúde, e aplicado através do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, as diversas Unidades Básicas de Saúde (UBS) encontradas no território brasileiro, poderiam fornecer um serviço de psicologia para essas pessoas.

Além de tal projeto, seria de grande relevância a aplicação de um programa psicopedagógico nas escolas, com o intuito de fortalecer os laços entre a escola, família e as crianças e adolescentes, pois, a experiência com órfãos da HIV relatou que esses que perderam seus tutores são mais propensos a largarem os seus estudos. De tal modo, com esse projeto seria possível observar o desenvolvimento escolar dos mesmos, oferecendo todo o apoio necessário para a continuação de taisestudos.

Por fim, no tocante àqueles que perderam todo o seu acesso à convivência familiar, é preciso buscar meios de efetivar aquilo dito disposto pelo art. 19, do ECA:

> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em **família substituta**, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. [grifo da autora] (BRASIL, 1990).

Assim, o estatuto comenta que nos casos onde não se tiver meios para educar essa criança não sua família, será utilizada a família substituta, ou seja, a adoção. Entretanto, conforme os dados apresentados no capítulo anterior, foi compreendido que o sistema de adoção do Brasil é extremamente lento e ineficiente, fazendo com que as crianças que entram nele precisem passar mais tempo do que o necessário, então, se clama por uma modificação em tal sistema, no intuito de proporcionar uma maior celeridade na fila de adoção, e impedir que essas crianças e adolescentesfiquem restritas de uma convivência familiar, por um período indeterminado.

[7] Como exemplifica o caso de uma jovem de vinte e cinco anos, que perdeu a mãe para a Covid-19 e foi obrigada a assumir a guarda dos seus quatro irmãos, pois, os seus avós já estavam em uma idadeavançada (OLIVEIRA, 2021)

## 5 CONCLUSÃO

Anteriormente a pandemia da Covid-19, diversas crises sanitárias já haviam sido enfrentas pelo Brasil e pelo mundo. Tendo a mais recente sido a epidemia de HIVocorrida na década de 80, que atingiu principalmente a parcela jovem da sociedade, resultando em um grande crescimento da orfandade no país. Assim, mesmo com essa situação dramática, o Brasil não buscou meios para evitar a progressão dessasituação.

Com o surgimento da pandemia no ano de 2020, o Brasil sofreu mais uma vez diversos impactos, porém, em uma proporção totalmente acima das até então vivenciadas, dito isto, em pouco tempo da sua presença no país a pandemia devastou diversas famílias, gerando então uma crise de política e social no país. Ao longo do ano de 2020, as mortes continuaram a crescer e consequentemente o número de órfãos também. Mas ainda sim, a situação dos órfãos continuou a ser negligenciada pelo poder público, que até o dia de hoje ainda não é capaz de afirmar quantos órfãosexistem no Brasil.

Tendo o último relatório do número total de órfãos sido realizado no ano de 2007 pela UNICEF, apresentando além de um atraso de dados, como também a não ponderação acerca da parentalidade socioafetiva, fator de grande relevância na realidade brasileira.

A partir do ano de 2016 o STF passou a compreender que o parentesco socioafetivo, ou seja, aquele que surge a partir da relação de afeto, não seria menos importante do que aquele provindo de laços sanguíneos ou adoção. Com isso, passoua ser interpretado que pai é aquele que exercer tal função perante a criança, aduzindoque órfãos iriam muito além do que aqueles que perderam o pai e mãe de registro.

Dessa forma, não é possível afirmar quantos órfãos existem atualmente no Brasil, mas é possível conjecturar que esse número teve um grande aumento no anode 2020, e essa conjectura foi provada através dos dados do Registro Civil relativos ao número de mortos no Brasil, que cresceram mais do que nos anos anteriores, assim, partindo da ideia de que a orfandade está relacionada a morte do tutor de uma criança ou adolescente, se um aumento no número de mortos, houve consequentemente um aumento no número de órfãos.

No tocante aos direitos da criança e do adolescente, eles passaram por uma

grande evolução ao longo dos anos. Na primeira Constituição do Brasil não havia qualquer menção à direitos da infância e da juventude, passando a adquirir um certo protagonismo no Código de Mello Mattos, em 1927, onde passaram a ser considerados objetos de direito, ou seja, eram um "problema" que o estado precisavaresolver, assim, aqueles que não eram considerados "abandonados" ou delinquentes se quer eram mencionados.

Apenas na Constituição de 1988, que as crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direito, ou seja, não eram mais um problema a ser resolvido pelo estado, e sim sujeitos dignos de garantias. Após esse momento, surgiu o atual Estatuto da Criança e do Adolescente, que buscou complementar aquilo exposto pela Carta Magna. Diante disso, desde do ano de 1988 essas crianças e adolescentes possuem direitos a serem cumpridos.

Dentre os direitos principais da criança e do adolescente foram vistos o da absoluta prioridade, que busca preferenciar os mesmos na execução de políticas sociais, como também o da convivência familiar e comunitária, que visa assegurar a socialização dessas crianças como também o direito à vida e a saúde. Dessa forma, o ordenamento jurídico põe que é uma obrigação da sociedade e do estado brasileiroassegurar a plena execução desses direitos.

Diante disso, foi dito que tal responsabilidade do estado brasileiro seria considerada objetiva, pois, a sua omissão em gerar políticas públicas quando tinha o dever de priorizar a criança e o adolescente já comprova a sua negligência. Assim, o estado não pode se eximir do seu dever de gerar políticas possíveis para garantir tais direitos.

Destarte, no atual momento o poder público analisa a possibilidade de criação de uma lei, na qual seria assegurado um salário mínimo a todos os órfãos, entretanto,é preciso ver que tal medida sem um devido planejamento, parece mais uma intençãode auto promoção do poder público, do que uma real intenção de proteger os direitosda criança e do adolescente. Logo, cabe a sociedade não se abster de sua responsabilidade social de cobrar o estado a respeito de medidas efetivas.

Por fim, esse trabalho busca chamar a atenção de toda sociedade e do poder público a respeito da atual situação dos órfãos. Ao longo do texto é demonstrado a urgência de elaboração de nova medidas sociais, no intuito de assegurar um cumprimento integral dos direitos da criança e do adolescente, para que seja obtido um desenvolvimento plenamente saudável.

## REFERÊNCIAS

AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida et al. Arranjos familiares de crianças das camadas populares. **Psicologia em Estudo** [online]. 2003, v. 8, n. spe [Acessado 20 Setembro 2021] , pp. 11-20. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S1413-73722003000300003. Epub 24 Mar 2004. ISSN 1807-0329. https://doi.org/10.1590/S1413-73722003000300003

BRASIL, Ministério da Saúde. Banco de dados do Sistema Único de Saúde-**DATASUS**. 2020. Disponível em http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?idb2008/a01.def. Acesso em 18 set.2021

BRASIL, **SAÚDE BRASIL**. 2021. Disponível em: https://saudebrasil.saude.gov.br/eu-quero-me-exercitar-mais/o-que-significa-ter-saude. Acesso em 20 set.2021

BRASIL. [Constituição (1934)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 19 out. 2021.

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: 19 set.2021.

**BRASIL**. Câmara dos Deputados. "PROJETO DE LEI N.º 1.579, DE 2007". Altera a Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004, que "cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências", para dispor sobre o Programa de Assistência às Adolescentes Gestantes.2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CC9774F2CB2D3B49FF33CBF17E790861.proposicoesWeb1?codteor=1452299&filename=Avulso+-PL+1579/2007. 2007. Acesso em: 07 ago. 2021. Texto Original.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei no 1305/2021, de 8 de abril de 2021**. Altera o Decreto nº 10.579, de 18 de dezembro de 2020, ao modificar a redação do "caput" do art. 1º e seu correspondente § 1º, do art. 3º, e alterar o art. 4º,que passa a ser disposto como art. 5º. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021.

Disponível em: https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2277394. Acessoem: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 2002, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criançae do Adolescente** e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativado Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus**. Disponível em:https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus. 2020. Acesso em: 05 de set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21 de setembro de 2016. Acórdão. Brasília, . Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919. Acesso em: 12 out. 2021.

CNJ. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913- f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall. Acesso em: 19 set.2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788530993351. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993351/. Acesso em: 16 nov. 2021.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **ÓRFÃO**. *In*: MINI Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Positivo, 2010. EBOOK.

FIOCRUZ.**FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ**. COVID-19: país vive melhor cenário na taxa de ocupação de leitos desde 2020. RIO DE JANEIRO, 11 ago. 2021. Disponívelem: https://portal.fiocruz.br/noticia/covid-19-pais-vive-melhor-cenario-na-taxa-de-ocupacao-de-leitos-desde-2020. Acesso em: 17 set. 2021.

FONSECA, Marcella; IODICE, Giulianna; BERNARDO, José Vicente. Conheça a história das epidemias e pandemias que assolaram o mundo. **Revista Forbes**, SãoPaulo, 16 ago. 2020. Disponível em: https://forbes.com.br/principal/2020/08/conheca-a-historia-das-epidemias-e- pandemias-que-assolaram-o-mundo/. Acesso em: 10 out. 2021.

FRANÇA-JUNIOR, Ivan; DORING, Marlene; MARIA STELLA, Isete. Crianças órfãs e vulneráveis pelo HIV no Brasil: onde estamos e para onde vamos?. **Revista de Saúde**

**Pública**, [online], v. 40, p. 22-30, 14 set. 2006. DOI https://doi.org/10.1590/S0034-89102006000800005. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsp/a/NjGvhSddcrscVGfLt4YjmLg/?lang=pt#ModalArticles. Acesso em: 10 set. 2021.

G1. **Auxílio de R$ 500 para órfãos da pandemia da Covid é lançado pelo Consórcio Nordeste em Natal**. [*S. l.*], 25 ago. 2021. Disponível em: Auxílio de R$ 500 para órfãos da pandemia da Covid é lançado pelo Consórcio Nordeste em Natal.Acesso em: 11 nov. 2021.

GOULART, Adriana da Costa. Revisitando a espanhola: a gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos** , Rio de Janeiro, ano 2005, v. 12, n. 1, p. 101-142, 19 abr. 2005. DOI https://doi.org/10.1590/S0104-59702005000100006. Disponível em: https://www.scielo.br/j/hcsm/a/Wkqm45R4ptVzTqSpKxJhfRh/?format=pdf&lang=pt.Acesso em: 18 out. 2021

HILLIS et al. Global minimum estimates of children affected by COVID-19-associated orphanhood and deaths of caregivers: a modelling study. **THE LANCET**, Londres, v.398, 10298, p.391-402, jul,2021.

IBDFAM. **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA**. Tios são reconhecidos como pais socioafetivos e garantem guarda compartilhada com genitor da menina. [*S. l.*], 8 jul. 2021. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/8664/Tios+s%C3%A3o+reconhecidos+como+pais+socioafetivos+e+garantem+guarda+compartilhada+com+genitor+da+menina. Acesso em: 23 out. 2021.

KIDMAN, Rachel. Use HIV's lessons to help children orphaned by COVID-19. **Nature**, [*s. l.*], 9 ago. 2021. Disponível em: https://www.nature.com/articles/d41586-021-02155-9. Acesso em: 17 set. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9786559640515. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/. Acesso em: 18out. 2021.

MAGALHÃES, Naiara.; TIMERMAN, Artur. **Histórias da AIDS**. São Paulo: Grupo Autêntica, 2015. 9788582176276. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582176276/. Acesso em: 20out. 2021.

MAINETTI, Ana Carolina; WANDERBROOCKE, Ana Claudia Nunes de Souza. Avósque assumem a criação de netos. **Pensando fam.**, Porto Alegre , v. 17, n. 1, p. 87-98, jul. 2013 . Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2013000100009&lng=pt&nrm=iso. acessos em 20 set. 2021.

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

São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992798. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992798/. Acesso em: 20out. 2021.

OLIVEIRA, Bianca Bibiano. Órfãos da Covid-19: uma geração invisível. **CNN Brasil**,[*S. l.*], 19 jun. 2021. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/orfaos-da-covid-19-uma-geracao-invisivel/. Acesso em: 14 set. 2021.

PEREIRA, Daniela Barbosa. A convivência familiar: uma função social. **IDBFAM**, [*S.l.*], p. 1-3, 20 ago. 2018. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1296/A+conviv%C3%AAncia+familiar:+uma+fun%C3%A 7%C3%A3o+social. Acesso em: 16 set. 2021.

REGISTRO CIVIL. Óbitos com suspeita ou confirmação de COVID-19. Portal da Transparência, 2021a. Disponível em: **https://transparencia.registrocivil.org.br/especialcovid**. Acesso em: 02 set. 2021.

REGISTRO CIVIL. Registro de Óbitos. Portal da Transparência, 2021b. Disponível em: **https://transparencia.registrocivil.org.br/registros**. Acesso em: 02 set. 2021

Souza, Alex Sandro Rolland e Amorim, Melania Maria Ramos. Maternal mortality by COVID-19 in Brazil. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil** [online]. 2021, v. 21, n. Suppl 1 [Acessado 11 Setembro 2021] , pp. 253-256. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1806-9304202100S100014. Epub 24 Fev 2021. ISSN 1806-9304.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil -** *Vol. 2*. São Paulo: Grupo GEN, 2021b. 9788530993757. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993757/. Acesso em: 10nov. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito de Família** - *Vol. 5*. São Paulo: Grupo GEN, 2021a. 9788530993818. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993818/. Acesso em: 18out. 2021

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553613106. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/. Acesso em: 24out. 2021.

# **ORTOTANÁSIA COMO DILEMA BIOÉTICO E JURÍDICO:** A REDUÇÃO DO SOFRIMENTO DE PACIENTES TERMINAIS E A GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA

Sérgio Jonas da Silva Filho[1]
Walber Cunha Lima[2]

**RESUMO**

Este artigo teve por objetivo analisar a situação da ortotanásia no Brasil, bem como a relação entre médico e paciente na aplicação desse procedimento e também as consequências jurídicas. A forma de abordagem metodológica escolhida foi a que envolveu a pesquisa quanto ao objeto do tipo bibliográfica. Os principais autores paraa construção das reflexões foram Pessini (2007), Villas-Bôas (2008), e Santoro (2010). Entendendo-se a ortotanásia, como uma morte natural sem a interferência da ciência em pacientes em estado terminal que optam por não continuar com tratamentos terapêuticos sendo estes inúteis em virtude da gravidade da doença, pode-se assim estar garantindo ao paciente incurável a autonomia de escolha nos seus últimos dias de vida com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º da Constituição Federal, no seu inciso 3º que trata a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Entre os resultados mais relevantes ao longo deste estudo, pode-se destacar o grande dilema que médicos ainda vivem em torno da prática da ortotanásia noBrasil, pois esta envolve questões éticas, religiosas e familiares, o que a leva a um patamar sensível que põe em questionamento a teoria e os conceitos jurídicos que aenvolvem. Assim os estudos referentes a este tema tratam-se de pesquisas com aplicação de método exploratório, visando entender os cuidados destinados as pessoas pelas qual a doença não tem mais perspectiva de cura, e quanto asconsequências jurídicas para os médicos que praticam a ortotanásia a partir da vontade do doente.

[1] Acadêmico do Curso de Direito do 8º período-matutino, turma A do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). E-mail: 2018a060018@a.unirn.edu.br
[2] Professor Orientador. Doutor em Ciências Sociais. do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). E-mail: walber@unirn.edu.br

**Palavras-chave**: Ortotanásia. Pacientes terminais. Morte digna. Consequências jurídicas.

**ORTHOTHANASIA AS A BIOETHICAL AND LEGAL DILEMMA**:
THE REDUCTION OF SUFFERING OF TERMINAL PATIENTS AND THE GUARANTEE OF HUMAN DIGNITY

## ABSTRACT

This article aimed to analyze the situation of orthothanasia in Brazil, as well as the relationship between doctor and patient in the application of this procedure and also the legal consequences. The form of methodological approach chosen was the one that involved researching the bibliographic type object. The main authors for the construction of reflections were Pessini (2007), Villas-Bôas (2008), and Santoro(2010). Understanding orthothanasia as a natural death without the interference of science in terminally ill patients who choose not to continue with therapeutic treatments, which are useless due to the seriousness of the disease, thus guaranteeing the incurable patient the autonomy of choice in the last days of life with respect for the principle of human dignity, provided for in article 1 of the Federal Constitution, in its 3rd item, which deals with the dignity of the human person as the foundation of the Federative Republic of Brazil. Among the most relevant results throughout this study, one can highlight the great dilemma that physicians still live around the practice of orthothanasia in Brazil, as it involves ethical, religious and family issues, which takes it to a sensitive level. in questioning the theory and legal concepts that involve it. Thus, the studies on this topic are researches with the application of an exploratory method, aiming to understand the care provided to people for whom the disease has no prospect of cure, and the legal consequences for doctors who practice orthothanasia from of the patient's will.

**Keywords**: Orthothanasia. Terminal patients. Worthy death. Legal consequences.

## 1 INTRODUÇÃO

A Ortotanásia pode ser vista como um procedimento que viola o Direito à vida, pois o médico ao desligar os aparelhos que mantém o paciente terminal vivo acaba pondo fim a vida do mesmo, em contrapartida esse tipo de procedimento apresenta-se como uma solução para o paciente terminal que está sofrendo muito em virtude de uma doença que sabe ser incurável pela medicina atual, nesse caso existem dois direitos em conflito: o direito à vida e o direito à liberdade de escolha dopróprio paciente terminal em ter uma vida digna e sem sofrimento. Por se tratar do conflito entre dois direitos de suma relevância tanto no âmbito jurídico como no âmbito social acaba sendo importante que se elabore uma pesquisa científica com o intuito de discutir o tema e analisar se a ortotanásia está em conformidade com o princípio supremo da Constituição Federal de 88 que é o princípio da dignidade humana ou se a mesma fere o princípio citado. Tal tema é ainda muito discutido tanto no direito como na medicina, sendo um assunto não pacífico quanto à solução da situação do paciente terminal e alvo de investigações científicas nas duas áreas,e por isso intrigante para ser abordado na sociedade acadêmica.

Segundo Leo Pessini (2007), ortotanásia, consiste numa morte natural sem a interferência da ciência em pacientes em estado terminal que optam por não continuar com tratamentos terapêuticos sendo estes inúteis em virtude da gravidade da doença, garantindo ao paciente incurável a autonomia de escolha nos seus últimos dias de vida com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º da Constituição Federal, no seu inciso 3º que trata a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. O artigo 5º da Constituição Federal (CF) de 1988 também está relacionado ao tema por tratarda inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, dentre outros, em seu inciso 3º trata da proibição de submissão das pessoas a tortura e/ou tratamento desumano ou degradante. No direito brasileiro, a ortotanásia está regulamentada na resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que autoriza os médicos a suspenderem os tratamentos considerados ineficientes em doenças de pacientes terminais, procedendo-se os cuidados paliativos, visando amenizar o sofrimentofísico, tal conduta médica não é crime. O tema foi discutido no Estado do Rio Grande do Norte-RN pelo médico Januário Cicco e pelos professores Gustavo Lima Freire e Juárez Chagas que criaram para a UFRN disciplinas

para aprofundar o assunto.

Perante o apresentado, surge a seguinte problemática: a ortotanásia fere o princípio da dignidade humana? A partir da formulação do problema, pode-se apresentar uma hipótese a fim de resolver de forma provisória a problemática: a ortotanásia, hoje é permitida e bem vista tanto pela sociedade médica como jurídica, apesar de ainda não ser prevista em lei. A comprovação de tal hipótese será tratada no final da pesquisa.

Dito isso, este artigo apresenta como tema: Ortotanásia como dilema bioético e jurídico: a redução do sofrimento de pacientes terminais e a garantia da dignidade humana e tem como objetivo geral: Analisar a situação da ortotanásia no Brasil, bem como a relação entre médico e paciente na aplicação desse procedimento e também as consequências jurídicas dessa aplicação. E como objetivos específicos: Definir o que é a ortotanásia comparando-a com outras modalidades de morte no direito civil; Apresentar entendimentos de renomados especialistas no assunto; Verificar se a ortotanásia fere ou não a dignidade humana; e, Averiguar como a ortotanásia é vista no Brasil.

A metodologia utilizada para a realização dessa pesquisa foi a do tipo bibliográfica, baseada em livros, e artigos publicados e também baseada no método exploratório.

## 2 ORTOTANÁSIA NA LEI , NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

Deste modo, para entender melhor o tema abordado, é interessante discorrer sobre a visão de autoridades especialistas no assunto. Leo Pessini, Superior-geral da Ordem dos Ministros dos Enfermos e referencial da bioética no Brasil cita: “entre abreviar a vida que é a eutanásia, e prolongá-la que é a distanásia, situa-se a ideia de morte no tempo certo, no lugar certo” (PESSINI, 2007, p.1). Como referência no assunto, Pessini (2007) defende a prática da ortotanásia em caso de pacientes terminais com doença incurável. No Brasil, o tema ainda está sendo debatido, mas em 2006 o Conselho Federal de Medicina editou a resolução 1805 que possibilita a prática da ortotanásia pelo médico, autorizando-o a parar ou restringir os tratamentos destinados a estender a vida do paciente terminal conforme sua vontade ou a pedido de representante legal do mesmo, visando também à prática deprocedimentos que diminuam o sofrimento do paciente.

Em 2019, houve a publicação de uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em segredo de justiça de número: 0707327, que admitiu e acolheu o conflito de competência para declarar competente o juízo levantado e reconhecer o direito à ortotanásia da autora. É importante também fazer uma distinção entre as modalidades de morte existentes no direito civil, além da ortotanásia existem também a eutanásia, a mistanásia e a distanásia.

A eutanásia consiste na antecipação da morte de paciente terminal, por médicos que sentem piedade e compaixão com relação ao paciente que está sofrendo diante de uma doença incurável, trata-se da conduta comissiva do médico, ou seja, na ação do mesmo em desligar os aparelhos que mantém o paciente terminal vivo, vale salientar que a eutanásia precisa de consentimento do paciente, visto que este por livre e espontânea vontade pede ao médico que realize o ato, a eutanásia não está prevista no ordenamento jurídico, mas dependendo da conduta pode ser tipificada como homicídio privilegiado. A eutanásia difere-se da ortotanásia, pois na primeira trata-se de uma conduta comissiva do médico, isto é, na ação dele de desligar os aparelhos que mantém o doente vivo, já na ortotanásia trata-se de uma conduta omissiva, onde o médico se abstém de agir para manter vivo o paciente terminal e o deixa, a partir de sua vontade, morrer naturalmente.

A eutanásia se apresenta com um método mais incisivo e agressivo com relação a conduta do médico, pois este de forma ativa; desliga os aparelhos que mantém o paciente vivo, causando diretamente sua morte, já a ortotanásia se mostra como um processo mais natural e menos agressivo já que a conduta do médico é apenas omissiva, deixando o paciente morrer de forma natural sendo essa uma diferença significativa em relação a estes procedimentos. (https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/87732/qual-a-diferenca-entre-eutanasia-distanasia-e-ortotanasia).

A mistanásia é a morte por precariedade, isto é, a morte de pessoas que não tem acesso a tratamentos médicos eficientes e hospitais de boa qualidade por falta de boas condições financeiras, tais pessoas acabam morrendo sem assistência ou com assistência precária a saúde, a mistanásia difere-se da ortotanásia, pois apesar de ambas serem mortes relacionadas com princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vale ressaltar que a mistanásia não é uma morte natural, mas é provocada por fatores que ensejam na sua ocorrência, como por exemplo: o racismo, a homofobia, a fome

ou a violência urbana, ou seja, fatores sociais que contrariam também a Dignidade da Pessoa Humana. Na ortotanásia, o paciente pede para que o médico pare seu tratamento e não busque mais o prolongamento de sua vida em virtude da doença incurável a qual é acometido, trata-se de uma morte voluntária, isto é conforme a vontade do doente, já na mistanásia o doente não quer morrer, mas acaba falecendo por fatores alheios a sua vontade, decorrentes da falta de condições para arcar com um tratamento de qualidade. (https://jus.com.br/artigos/68102/mistanasia-uma-breve-analise-sobre-a-dignidade- humana-no-sistema-unico-de-saude-no-brasil)

A distanásia é a morte prolongada, morte lenta e sofrida, ou seja, é o ato de profissionais de saúde estender a vida de um paciente terminal, é considerada uma má prática médica, visto que acaba prolongando o sofrimento de um paciente que está prestes a falecer, através de medicamentos e tratamentos ineficazes para tal paciente, uma semelhança entre a distanásia e a ortotanásia é que ambas são praticadas em pacientes terminais acometidos de doença incurável, a diferença, porém é que a distanásia consiste em uma ação do médico com o objetivo de prolongar a vida do paciente, já a ortotanásia é uma omissão do médico com o objetivo de deixar o paciente terminal com doença incurável morrer naturalmente, trata-se, portanto de uma conduta omissiva. O ministro do Supremo Tribunal Federal(STF), Luís Roberto Barroso se posicionou favoravelmente sobre a legitimidade da conduta dos médicos de praticarem a ortotanásia, o mesmo cita:

> (...) uma tese melhor é que o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, sob princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. A liberdade envolve o direito à autodeterminação, desde que o exercício dessa liberdade seja lúcido e não interfira no direito de uma outra pessoa. O segundo princípio que legitima a resolução é o da dignidade da pessoa humana, que compreende, além do direito a uma vida, o direito a uma morte digna. Não há nenhuma dúvida, nem ética, nem jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, de que a ortotanásia é legítima (BARROSO, 2006 *apud* MORATO, 2019, p.1).

Em 2010, o Ministério Público Federal reconheceu que a ortotanásia não infringe o direito brasileiro, o juiz federal Roberto Luis Luchi Demo se posicionou sobre o assunto e defendendo a prática do procedimento, citou:

> Sobre muito refletir a propósito do tema, chego à convicção de que a resolução, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender

> procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal, realmente não ofende o ordenamento jurídico (DEMO,2010 *apud* REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2010, p.1).

No mesmo ano, o juiz da 14ª Vara da Justiça Federal, na cidade de Brasília, aprovou uma norma do Conselho Federal de Medicina (CFM) que institui as condições para a aplicação da ortotanásia. Com a decisão, o médico permitido pelo paciente ou seu responsável legal fica corroborado para limitar ou suspender tratamentos excessivose inapropriados que prolonguem a vida do doente em fase terminal. Claus Roxin, umadas referências do direito penal alemão, já se posicionou sobre a temática que envolve a ortotanásia afirmando que: "inexiste um dever jurídico de manter a qualquer preço a vida que se esvai. Medidas de prolongamento da vida não são obrigatórias, pelo simples fato de que sejam tecnicamente possíveis" (ROXIN, 2000 *apud* VILLAS- BÔAS, 2008, p.69).

Pode-se observar com essas informações que a prática da ortotanásia está sendo cada vez mais frequente e bem vista na sociedade, tanto na área jurídica, como na área de saúde. Porém ainda há estudiosos que pensam que a ortotanásia não é um dever em relação à área jurídica, sendo assim um tema polêmico.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, jurista brasileiro e especialista em Direito Constitucional (2005, p.198) expõe:

> Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado de morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital.

A vida é um bem protegido constitucionalmente e é tutelada por princípios para sua existência e continuidade, o fim da vida é certo e este também deve ocorrerde forma digna, proporcionando à pessoa humana, a forma de morte natural e indispensável, ou seja, sem intervenções no processo natural de morte com o objetivo de a abreviá-la (Eutanásia) ou postergá-la (Distanásia). A forma natural de morte é a ortotanásia.

Pedro Lenza, mestre e doutor pela Universidade de São Paulo (USP) que já foi palestrante no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Tribunal Superior do Trabalho (TST) também já se posicionou sobre o tema: "O direito à vida, previsto de forma

genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado davida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna" (LENZA, 2011, p. 872).

Ao afirmar que o direito à vida, previsto na Constituição consiste também no direito à perpetuação da vida, se mostra de forma implícita favorável ao procedimento de ortotanásia em que os médicos não abreviam a vida, mas também não a perpetuam, sem procurar prolongá-la apenas deixam ela se esgotar naturalmente.

A ortotanásia é o método que proporciona ao paciente terminal, à sua família e amigos passar pelo processo de morte de forma serena. Possibilita ao enfermo falecer tranquilamente, sem passar por procedimentos ofensivos que posterguem sua vida, ferindo a sua dignidade humana, nesse sentido Varella (2004, p. 127) afirma:

> O que existe de mais difícil em nossa profissão: reconhecer o momento em que a morte é iminente e ajudar o paciente a atravessá-la sem sofrer, conduzi-lo com sabedoria e arte para permitir que a vida se apague em silêncio, como uma vela.

Conforme se pode observar em sua citação, o médico oncologista, cientista e escritor brasileiro; Antônio Drauzio Varella se mostra favorável ao procedimento de ortotanásia, pois apoia a conduta médica que facilita ao paciente terminal, passar pelo processo de morte de forma natural e indolor, já que nesses casos a morte é inevitável, nesse caso a morte seria indolor, justamente porquê o médico irá preservar a Dignidade Humana do paciente e fazer todo o procedimento de forma natural; aplicando apenas medicamentos e tratamentos eficazes para suprir as dores do paciente.

. O direito à vida está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988, o qual fala que todos são iguais perante a lei, assegurando-se a inviolabilidade do direito à vida, que é um valor inerente à pessoa humana e uma garantia fundamental, a saber:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

> III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...] (BRASIL, CF, ART. 5º, 1998, 2014).

Pode-se constatar que é direito do paciente terminal decidir qual a melhor forma de encerrar a sua vida, pois esta é um direito inviolável, de acordo com a Constituição Federal de 1988. Baseando-se nessa idéia da Constituição, o direito à vida é um direito intangível, imutável, ou seja, ninguém além do próprio paciente poderia interferir ou escolher como interferir na vida dele, e de acordo com essa constatação já poderia ser descartados os procedimentos de distanásia e eutanásia, já que na primeira; há uma intervenção do médico a fim de prolongar, postergar a vida do paciente terminal, causando-lhe muitas vezes um grande e constante sofrimento e colocando a família deste paciente em uma situação desagradável ao ver que o prolongamento da vida do paciente está fazendo-o padecer, pois a doençaterminal e incurável permanece em seu organismo e causando todos os sintomas eo médico mesmo ciente disso ainda quer que o paciente permaneça vivo, a respeito do procedimento de distanásia é plausível constituir a seguinte indagação: é digno postergar a vida mesmo que essa conduta cause um imenso sofrimento? É evidente que não.

Já na eutanásia; onde conforme já explicado; o médico provoca a morte por meio de uma conduta positiva; que é desligar os aparelhos e interromper o tratamentoe as medicações que mantém aquele paciente terminal vivo. Em relaçãoà eutanásia, pode-se questionar: cabe ao médico, provocar a morte de seu paciente? Mesmo que seja a pedido dele, essa conduta positiva está de acordo com a dignidade humana? É evidente que existem argumentos favoráveis e argumentos desfavoráveis a respeito dessas modalidades de morte no direito civil e na própria medicina, mas existe outro procedimento que é a ortotanásia, que se mostra menos ofensiva ao direito à vida e à dignidade do enfermo, visto que tal procedimento consiste na espera natural e normal da morte, sem que haja intervenções humanas. Nesse sentido, a Organização Mundialde Saúde (OMS), apresentou em 1990 uma definição do que seria o cuidado paliativo:

> Cuidados Paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, por meio de identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais (WHO, 2002, p.1).

Os cuidados paliativos possuem alguns ideais que se adéquam ao processo da

ortotanásia e contraria os outros processos de morte existentes no Direito Civil, como: a) Ver a morte como algo natural, normal. Nesse primeiro ponto, já se observa uma clara semelhança com a ortotanásia, pois esta lida com a morte de uma maneira natural, assim como a ortotanásia, que como já explicitado é um processo que deixa o paciente terminal morrer naturalmente. O segundo ideal dos cuidados paliativos é: Não apressar e nem adiar a morte, neste outro ideal, o procedimento dos cuidados paliativos, se mostra desfavorável aos procedimentos de Eutanásia e de Distanásia, já que a primeira consiste exatamente na conduta dos médicos em apressar a morte, isto é, estes desligam os aparelhos que mantém o paciente vivo, antes dele falecer de fato, apressando a morte de forma incisiva e artificial. Quanto áDistanásia consiste exatamente no adiamento da morte, onde o médico faz de tudo para postergar a morte do paciente terminal e isso causa um imenso sofrimento, esse processo de adiar a morte, também é uma conduta proibida conforme os ideais dos cuidados paliativos e muito mal vista por toda a comunidade, já que causa muito sofrimento. O terceiro ideal desses cuidados paliativos é: c) procurar suprimir a dor eoutros sintomas capazes de fazer o paciente terminal sofrer, este ideal também se aproxima da ortotanásia, já que esta busca suspender os tratamentos que só trariam mais sofrimento e dor aos pacientes, sem trazer benefícios. O próximo ideal dos cuidados paliativos trata de: d) integrar aspectos psicológicos e espirituais nos cuidados do paciente, no processo da ortotanásia, enquanto a morte se aproxima naturalmente, é possível trazer esses aspectos para melhorar o processo. Também é uma conduta ideal no que se refere aos cuidados paliativos: e) proporcionar apoio por meio de mecanismos disponíveis para amparar o paciente terminal e fazer o possível para que este consiga viver de forma efetiva até que a inevitável morte iminente aconteça. É possível no processo da ortotanásia existir todo esse sistema de apoio, já que se trata de uma morte natural, o médico pode durante o processo, visando tranquilizar, entreter e incentivar o paciente a continuar exercendo atividades. O último ponto que é visto também como um dos ideais dos cuidados paliativos, é: f) Criar um sistema de ajuda à família do paciente, para que esta possa passar pelo processo da melhor forma possível. Isto também é uma conduta médica que pode ser adotada no processo da ortotanásia, é possível afirmar que os cuidados paliativos têm como prioridade, resguardar a dignidade humana do doente, e o processo de morte mais adequado a esse princípio da dignidade humana é sem dúvidas, a ortotanásia (WHO, 2002).

Christian Barchifontaine (2000), padre da Ordem dos Ministros dos Enfermos e graduados em enfermagem, juntamente com Pessini (2000), falam sobre a morte e tratamentos médicos que são ineficazes. Nesse sentido:

> iniciar ou continuar um tratamento que é medicamente fútil ou que não preveja um efeito benéfico é considerado prática não-profissional. Nenhum médico é obrigado a iniciar um tratamento que é ineficaz ou que resulta somente no prolongamento do processo do morrer. Aliviar a dor e o sofrimento é considerado um dever médico, mesmo quando as intervençõesimplicam que a vida pode ser abreviada como conseqüência (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2000, p. 32).

Nessa fala de Pessini (2000) e de Barchifontaine (2000), pode-se perceber que ambos são contrários ao prolongamento artificial da morte, demonstrando assim sua discordância com o procedimento da distanásia, que consiste justamente no prolongamento do processo de morte e tanto Pessini (2000) como Barchifontaine (2000) dizem que é obrigação do profissional de saúde; aliviar a dor e sofrimento de seu paciente, isso pode ser feito durante o processo da ortotanásia, onde o médico só vai intervir para suprimir a dor e não antecipar ou retardar a morte de forma que o paciente sofra.

É importante ver a morte como algo natural e inevitável, esse é o primeiro passoa ser dado para observar que a ortotanásia é o processo de morte mais digno que existe, as novas tecnologias e os avanços na medicina podem distorcer essa visão, hoje é comum que com esses avanços, as pessoas queiram prolongar a vida de toda forma possível, mesmo que isso cause um sofrimento imensurável. Isso é o que chamamos de distanásia, Diniz (2007, p. 295), na obra "Nos Limites da Vida",diz que:

> A distanásia ou obstinação terapêutica causa uma morte lenta e com intenso sofrimento, porque o avanço tecnológico tornou possível manter uma pessoa muito doente ou em estágio terminal indefinidamente viva, porém, ligada a aparelhos de sustentação artificial de vida, como a ventilação mecânica.

Nessa fala da autora, é possível ver que os avanços na medicina estão contribuindo para o procedimento da distanásia, isso é um problema, pois a distanásia é um procedimento que causa muito sofrimento e com certeza ofende a Dignidade da Pessoa Humana, encurtar a vida de forma incisiva como na eutanásia ou prolongá-la a todo custo como na distanásia certamente são condutas antiéticas, já que nelas há o sofrimento do paciente ou a aceleração do processo de morte. A ortotanásia, por outro

lado, não causa sofrimento algum se adequando assim, ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

É relevante também ver alguns requisitos que precisam estar presentes para a aplicação da ortotanásia, Santoro (2010, p. 162) descreve tais requisitos indispensáveis:

> a) A vida do paciente deve estar ameaçada e a morte deve ser imediata e inevitável;
> b) Deve existir a anuência do paciente e de seus familiares na atenuação ou suspensão dos tratamentos e na sua transformação em cuidados paliativos, proporcionando um estado psicológico, social e físico de bem- estar e tranquilidade;
> c) O acompanhamento dos médicos e profissionais de saúde em geral, objetivando sempre o bem-estar do paciente, não podendo o médico, omitir-se de amparar e ajudar o paciente.

Analisando os requisitos acima, pode-se verificar e afirmar que é a partir da ortotanásia, que surgem os cuidados paliativos que foi visto pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como: a abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e suas famílias que enfrentam problemas associados com doenças ameaçadoras de vida, através da prevenção e do alivio do sofrimento, com meios de identificação precoce, avaliação correta, tratamento da dor, e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual.

Segundo Vieira (2009, p.274), no Brasil, "a preocupação com o desenvolvimento e aplicação dos cuidados paliativos e com a formação de pessoal especializado para utilizá-lo é crescente, tendo-se fundado, em 1997, a Associação Brasileira de Cuidados Paliativos".

Em relação a essa temática alguns artigos foram publicados, no ano de 2010, por médicos que trabalham no Hospital Sírio Libanês no Estado de São Paulo, e neles se evidencia o que trata da 'Equipe Multidisciplinar em cuidados Paliativos'. Este artigo fala especificamente de pacientes acometidos de câncer terminal sujeitados a procedimentos severos de tratamento curativo "mesmo quando este se torna ineficaz" (MCPHSL, 2020, p. 5).

A definição dos cuidados paliativos pela Organização Mundial de Saúde em 2002, a atuação médica que para a ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) deve envolver as qualificações e meios de uma equipe multiprofissional formada por um médico, um enfermeiro, um psicólogo e uma assistente social, devidamente

qualificado. Porém, é relevante citar os princípios dos cuidados paliativos elencados no artigo: 1. Respeitar a dignidade e autonomia dos pacientes;
2. Honrar o direito do paciente de escolher entre os tratamentos, incluindo aqueles que podem ou não prolongar a vida; 3. Comunicar-se de maneira clara e cuidadosa com os pacientes, suas famílias e seus cuidadores; 4. Identificar os principais objetivos dos cuidados de saúde a partir do ponto de vista do paciente; 5. Prover o controle impecável da dor e de outros sintomas de sofrimento físico; 6. Reconhecer, avaliar, discutir e oferecer acesso a serviços para o atendimento psicológico, social equestões espirituais; 7. Proporcionar o acesso ao apoio terapêutico, abrangendo o espectro de vida através de tratamentos de final de vida que proporcionem melhora na qualidade de vida percebida pelo paciente, por sua família e seus cuidadores; 8. Organizar os cuidados de modo a promover a sua continuidade ao paciente e sua família, sejam eles realizados no hospital, no consultório, em casa ou em outra instituição de saúde;
9. Manter uma atitude de suporte educacional a todos os envolvidos nos cuidados diretos com o paciente (2010, p. 10). Esses princípios que norteiam os cuidados paliativos estão diretamente ligados a ortotanásia e também a Dignidade da Pessoa Humana, pois visam sempre entender e ouvir as demandas e opiniões dos pacientes, observando todos os procedimentos pela ótica do mesmo e sempre objetivando controlar e atenuar a dor e o sofrimento do paciente terminal acometido de doença incurável.

Sob essa ótica, é possível e pertinente conciliar os cuidados paliativos com a ortotanásia, já que ambos prezam pela dignidade do paciente e pela autonomia de vontade do mesmo.

A ortotanásia não está disciplinada em nenhuma lei existente no nosso ordenamento, além da Resolução 1805 do Conselho Federal de Medicina (CFM), mas segundo Santoro:

> [...] a tendência é reconhecer, expressamente, a licitude da ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a sua realização sem deixar os médicos à mercê de um entendimento equivocado dos aplicadores do direito. Confere-se, então a almejada segurança jurídica, diferentemente da eutanásia, que vem merecendo dos projetos recentes tratamento incriminador (...) (SANTORO, 2010, p. 170).

Reinaldo Ayer, professor da disciplina de Bioética define a ortotanásia: "É a supressão de medidas heróicas de manutenção da vida, mas não tem efeito imediato,

você apenas deixa que o processo de morrer aconteça naturalmente" (PORTAL EDUCAÇÃO, 2021, p.1).

Quando o professor Ayer fala que ortotanásia é a supressão de medidas heróicas de manutenção da vida, este evidencia a interrupção dos tratamentos que visam prolongar a vida, mesmo que esse prolongamento cause dor e sofrimento, como ocorre na distanásia e quando o professor fala que a ortotanásia não tem efeito imediato, já traz uma noção de que se trata de um processo natural que pode ser longo ou não.

Pode-se entender que a prática da ortotanásia, antes de ser um mal, torna-se um auxílio de humanidade, pois não prolonga uma vida 'vegetativa' como acontece com o paciente que fica ligado a aparelhos por um tempo que pode ser indeterminado, longo e penoso não só para o próprio, como para os familiares. Ao contrário a ortotanásia restaura a dignidade, diminui o sofrimento e permite que o paciente morra 'naturalmente', por assim dizer.

## 3 METODOLOGIA

Neste artigo utilizou-se da metodologia de pesquisa de natureza bibliográfica e o método exploratório. A pesquisa bibliográfica apareceu como suporte teórico ao universo pesquisado e foi realizada através da leitura de material já publicado (livros, periódicos, artigos científicos, revistas etc.). Em Andrade (2001), Gil (1991), Severino (2000) encontra-se alguns artigos usados como base para a pesquisa.

Os principais autores para a construção das reflexões dos professores foram Pessini (2007), Villas-Bôas (2008), e Santoro (2010). Uma pesquisa bibliográfica se baseia no estudo, leitura e análise de obras de diversos autores, ou seja, em livros, citações, artigos já feitos e textos. O método de abordagem aqui utilizado foi portanto, o método bibliográfico, pois foram trazidas citações e referências de diversas obras, quanto ao método de procedimento, foi usado o método exploratório,já que a pesquisa foi realizada em cima da problemática e foram formuladas algumas hipóteses de solução para tal problemática, buscando um viés qualitativo, adequando-se ao método exploratório que também busca hipóteses de solução paraa problemática em uma base qualitativa.

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 OBJETIVO GERAL

A presente pesquisa visa analisar a situação da ortotanásia no Brasil, bem como a relação entre médico e paciente na aplicação desse procedimento e também as consequências jurídicas dessa aplicação. Para isso, levou-se em consideração fatores sociais, culturais, científicos e jurídicos.

### 4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Definir o que é a ortotanásia comparando-a com outras modalidades de morte existentes no direito civil.
- Apresentar entendimentos de renomados especialistas no assunto.
- Verificar se a ortotanásia fere ou não a dignidade humana.
- Averiguar como a ortotanásia é vista no Brasil.

## 5 RESULTADOS

Os resultados da pesquisa indicam que apesar de todo o dilema ético que envolve a questão aqui tratada, já se tem grandes nomes do meio jurídicoe médico que defendem a prática da ortotanásia, no nosso país, apresentando-a como uma solução humanizadora para o paciente em processo terminal, restaurando assim, a sua dignidade humana.

## 6 CONCLUSÃO

Este estudo buscou analisar a situação da ortotanásia no Brasil, bem como a relação entre médico e paciente na aplicação desse procedimento e também as consequências jurídicas dessa aplicação.

Ao longo deste estudo constatou-se que na comunidade médica brasileira ainda se vive um grande dilema em torno da prática da ortotanásia, pois esta envolve questões éticas, religiosas, culturais, sociais, psicológicas e familiares, o que a leva a um

patamar sensível que põe em questionamento a teoria e os conceitos jurídicos que a envolvem.

Considerou-se finalmente que a ortotanásia vem a ser uma solução para uma morte digna e humanizada. Pois como afirmou Pessini (2007) ao defender a prática da ortotanásia em caso de pacientes terminais com doença incurável, esta aparece como a ideia de morte no tempo certo, no lugar certo.

Porém, ainda há muito que se fazer, no momento que envolve questões humanas, um tema deve ser cogitado, debatido, investigado, pesquisado e sobretudo questionado, para que possa se chegar ao melhor dos esclarecimentos, fica-se assim entendido que as discussões sobre o tema não se encerram e nem as probabilidades se acabam com esta pesquisa.

Por fim, é preciso que a sociedade veja a morte mais naturalmente sem tentar fugir dela a todo custo ou adiá-la, a melhor forma de enxergar a morte, é vê-la como um processo natural e inevitável, sendo a ortotanásia , o procedimento mais próximo e adequado a essa ideia, nesse sentido afirma; o renomado filósofo niilista Arthur Schopenhauer:

A vida é um processo constante de morrer. (SHOPPENHAUER)
https://www.maioresemelhores.com/frases-mais-famosas-de-filosofos/

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalhos na graduação. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.Vade Mecum/ obra de autoria da Editora Rideel, Organização Anne Joyce Angher. 18. ed. São Paulo: Ed. Rideel, 2014.

DINIZ, Débora. **Quando a morte é um Ato de Cuidado**. Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio deJaneiro: Lúmen Júris, 2007.
GIL, Antonio Carlos**. Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MCPHSL. **Manual de Cuidados Paliativos**. Coord. Maria Perez Soares D'Alessandro, Carina Tischler Pires, Daniel Neves Forte ... [*et al*.]. – São Paulo: Hospital Sírio Libanês; Ministério da Saúde; 2020.

MORATO, Otavio Morato de Andrade. Ortotanásia no Brasil: limites éticos e legais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5868, 26 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74135>. Acesso em: 24 nov. 2020.

PESSINI, Léo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Loyola, 2007.

_____, e BARCHIFONTAINE C. P. **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. São Paulo (SP): Loyola; 2000.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Direito para profissionais da saúde**: Ortotanásia. 2021. Disponível em: <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/direito-para-profissionais-da-saude-ortotanasia/46503.> Acesso em: 04 out. 2021.

**Revista Consultor Jurídico**, 4 de dezembro de 2010, 12h10. Juiz valida resolução que permite ortotanásia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br//2010-dez-04/juiz-valida-resolucao-conselho-medicina-permite-ortotanasia>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo***.* 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VARELLA, Antonio Drauzio. **Por um fio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia**: humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. **Revista Bioética**, 16(1): p. 61-83, 2008. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_%20bioetica/article/viewFile/56/5 9>. Acesso em: 04 out. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). National cancer control programmes:policies and managerial guidelines. 2.ed. Geneva: WHO, 2002. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/controle-do-cancer-do-colo-do-utero/acoes-de- controle/cuidados-paliativos>. Acesso em: 04 out. 2021.

# OS IMPACTOS DA ADC 49 E REFLEXOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS DA RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA DO ESTABELECIMENTO

Pedro Paulo Santana Silva[1]
Abraão Luiz Filgueira Lopes[2]

**RESUMO**

Este trabalho visa estudar os impactos do julgamento da ADC 49 na sistemática tributária nacional, entendendo, em primeiro momento, quais são os institutos tocados por esta decisão e como essa interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da autonomia do estabelecimento comercial afetou a *práxis* da Administração Tributária e da gestão fiscal das empresas. Analisa as lacunas abertas por esta decisão na seara tributária, ao passo que trouxe insegurança jurídica em relação a estorno de créditos, às obrigações acessórias de empresas filiais, a benefícios fiscais já consolidados e, até mesmo, na competência tributária do ente responsável pela arrecadação. Para tanto, se vale este estudo do método indutivo, uma vez que foram analisadas as premissas específicas em relação aos impactos trazidos pela ADC 49 e, em outro aspecto, alcançada uma generalização que demonstra a celeuma causada pelo julgamento referido. Conclui que a relativização da autonomia do estabelecimento trazida pela decisão exarada na ADC 49 trouxe insegurança jurídica à sistemática tributária e abriu margens interpretativas que são danosas ao desenvolvimento pleno da dinâmica tributária concernente ao ICMS.

**Palavras - chave**: ICMS. ADC 49. Sistemática tributária. Impactos na seara jurídica.

**ABSTRACT**

[1] Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – E-mail: pedrosantanapaulo10@gmail.com
[2] Professor-Orientador. Docente no Centro Universitário do Rio Grande do Norte – Email: abraao.lopes@rrc.adv.br.

This paper aims to study the impacts of the judgment of ADC 49 in the national tax system, understanding, firstly, which are the institutes affected by this decision and how this interpretation of the Federal Supreme Court on the autonomy of the commercial establishment affected the practice of the Tax Administration and the tax management of companies. It analyzes the gaps opened by this decision in the tax field, bringing legal insecurity in relation to the reversal of credits, to the accessory obligations of subsidiary companies, to already consolidated tax benefits, and even in the tax competence of the entity responsible for collection. To this end, this study uses the inductive method, analyzing the specific premises in relation to the impacts brought about by ADC 49 and, finally, reaching a generalization that demonstrates the commotion caused by this judgment. It concludes that the relativization of the autonomy of the establishment brought by the decision issued in ADC 49 brought legal uncertainty to the tax system and opened interpretative margins that are harmful to the full development of the tax dynamics concerning the ICMS.

Key-words: ICMS. ADC 49, Tax system. Impacts on the legal system.

## 1. INTRODUÇÃO

Em primeiro momento, é necessário entender a relevância da análise acerca dos institutos concernentes ao direito tributário, sobretudo no que se refere à dinâmica dos impostos na vida prática dos contribuintes, haja vista que o aprofundamento sobre tais nuances permitirá aos cidadãos uma compreensão mais clara acerca da sua participação na manutenção do Estado e as formas cuja exação tributária recai nos fatos da vida.

Partindo deste pressuposto, qualquer ação que venham a interferir ou alterar a realidade da dinâmica tributária no seio social deve ser analisada com afinco, no intuito de identificar possíveis prejuízos à arrecadação do Estado e, por conseguinte, o atendimento das necessidades públicas.

Em vista dessa premente necessidade, é necessário o esquadrinhamento dos impactos trazidos pelo julgamento da Ação de Declaração de Constitucionalidade n° 49 (ADC 49) sobre a sistemática tributária nacional e quais os reflexos-jurídicos

administrativos foram trazidos à dinâmica do ICMS, mormente pela relativização da autonomia do estabelecimento trazida no referido julgamento.

Há de se analisar, dessa forma, quais institutos foram alterados pelas razões de decidir elencadas neste julgamento e quais os reflexos práticos foram trazidos à dinâmica tributária a partir do entendimento de que os estabelecimentos da mesma pessoa jurídica não são mais autônomos – análise feita tanto em relação à Administração como aos contribuintes.

Para atingir tais fins, é prudente o uso do método indutivo, sob o qual são analisadas premissas específicas em relação aos impactos trazidos pela ADC no plano tributário prático, auferindo, por fim, em uma conclusão generalista de que tais reflexos interferem substancialmente na integração da sistemática tributária nacional.

Será abordado, partindo desse ponto de vista, qual é o enquadramento do ICMS na dinâmica tributária nacional, perpassando sobre os liames práticos deste tributo e a seu enquadramento na legislação brasileira.

Em seguida, é prudente entender de forma pormenorizada como se deu o julgamento da ADC 49 e quais são os pontos de toque desta decisão, entendendoquais foram os motivos ensejadores da querela e qual o fundamento principal foi usado pela Suprema Corte no delinear do controle concentrado.

Seguido o desencadeamento teórico, há de se analisar quais foram as repercussões trazidas pelo julgamento da ADC 49 sobre a *práxis* tributária nacional, identificando os institutos tocados por esta decisão e os impactos que esta fomentou na seara em comento. Dentre estes será revelada a alteração na capacidade tributária ativa dos estados-membros assim como a drástica redução de receita carreada aos cofres públicos a partir da decisão.

Além disso, será tratada a alteração das obrigações acessórias das filiais no tocante à gestão fiscal, a brecha legal aberta que poderá ensejar um ajuizamento em massa de ações de repetição de indébito tributário e, por fim, o cancelamento fático dos benefícios fiscais na forma de crédito presumido.

## 2. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS)

Em primeiro plano, é necessário entender o que é o Imposto sobre Circulação de

Mercadorias e Serviços - comumente conhecido pela sua sigla, ICMS - e qual o enquadramento jurídico feito pela legislação pertinente a este tributo. É possível perceber que seu arcabouço legal possui ampla vastidão e um conjunto de tratamentos diferenciados à medida que os fatos geradores se desenvolvem, haja vista a sua habitualidade nas relações comerciais e mercantis.

A previsão legal do ICMS possui é vasta em sua essência, dada a sua complexidade e reiterada ocorrência no plano prático, trazendo consigo a regulamentação das mais variadas formas legais, a saber, a Constituição Federal, a Lei Complementar 87 (Lei Kandir), as resoluções do Senado Federal e do Conselho Nacional de Política Fazendária, assim como o Código Tributário Nacional (lei 5.712).

Dentre tantos instrumentos reguladores, é notável perceber que seu escopo principal está contido na Constituição Federal de 1988, a qual atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência tributária legislativa para instituir um imposto no qual o fato gerador, isto é, o fato da vida cuja obrigação tributária será "despertada", é a circulação de mercadorias ou a prestação de serviços de transporte e de comunicação.

Note-se, todavia, que o comando constitucional previsto no art.155 aduz que a incidência do imposto recairá não sobe qualquer tipo de serviço de transporte ou comunicação, em relação a estes serão tocados pelo manto tributário do ICMS apenas os de cunho oneroso, e em relação àqueles apenas os serviços interestaduais ou intermunicipais.

Tal entendimento é esclarecido nas palavras de Leandro Paulsen (2020, p.599):

> De pronto, podemos perceber que a norma de competência apresenta materialidades de natureza distinta, permitindo a cobrança de impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias, de um lado, e sobre a prestação de determinados serviços, de outro. É dizer, o ICMS, no que diz respeito ao "S" da sua sigla, é um imposto sobre a prestação de serviços também, embora só incida relativamente àqueles expressamente apontados: "transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações.

Em linha gerais, partindo do que já foi discorrido, o ICMS é um imposto que incide sobre operações de circulação de mercadoria e prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, assim como também de serviços de telecomunicação a título oneroso.

Neste momento, sobretudo, faz-se necessário compreender que nem toda destinação a outrem constitui o fato gerador da incidência do ICMS. Atos como doação, locação, ou o simples repasse, não constituem para a dinâmica tributária a hipótese de incidência do tributo.

Como visto anteriormente, é necessário que haja uma "operação" ou "prestação" para que seja vinculado ao fato da vida a obrigação tributária em comento. Faz-se necessário entender que as "operações são negócios jurídicos", que a "circulação é transferência de titularidade, e não apenas movimentação física", e que as "mercadorias são bens objeto de comércio" - como preconiza o professor Leandro Paulsen (2020, p. 600).

Desta forma, para que ocorra a real incidência do ICMS é necessário que haja circulação jurídica do produto, isto é, a transferência de propriedade, e não o simples deslocamento a outro local. Neste sentido elenca a Lei Kandir em seu artigo 3°, inciso VII, que não incidirá ICMS sobre operações de arrendamento mercantil cuja venda não seja realizada com o fim do contrato, preconizando o argumento trazido de que o repasse sem transmissão de titularidade não importa em "operação" para fins tributários.

Nessa linha lecionou Alexandre Mazza (2020, p. 461) ao discorrer sobre a razão de não haver incidência nos casos de mero deslocamento físico da mercadoria:

> É por isso que não ocorre o fato gerador do ICMS sobre as operações de transporte de mercadorias entre filiais de uma mesma empresa ou no momento da assinatura do contrato de arrendamento mercantil (Leasing), pois nos dois casos inexiste mudança de propriedade de mercadoria.

Imbuindo por este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n° 166 que aduz que "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte", trazendo uniformização jurídica sobre os tribunais hierarquicamente abaixo - leia-se, consolidação do entendimento.

Ademais, é evidente perceber que a ocorrência do fato gerador do ICMS ocorre a quase todo momento e em quase todo lugar, ao passo que o Brasil está compreendido em um sistema econômico baseado no comércio, cujas compras e vendas, assim também como o transporte, são as molas propulsoras da arrecadação pública.

Neste sentido publicou o Jornal “O Exame “ (2016):

> O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) representa 18,3% do total arrecadado pelos cofres públicos no Brasil, a maior fatia entre todos os tributos, segundo levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), sob encomenda da Associação Comercial de São Paulo (ACSP).

Devido a isso, o referido tributo é tido por muitos como o imposto mais importante para a arrecadação tributária, sendo de suma importância uma adequada gestão por parte das empresas que contribuem assim como pela Administração Tributária, responsável pela arrecadação das quantias vinculadas

## 2.1 DINÂMICA DO ICMS NA SISTEMÁTICA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Noutro giro, é válido entender como funciona a incidência do ICMS na prática tributária. Em primeiro lugar, deve-se compreender que o imposto recairá sobre a ocorrência um fato da vida determinado em lei (fato gerador) e que sobre esse fato incidirá o dever de pagar tributo (obrigação tributária principal) e/ou outros deveres acessórios (obrigações acessórias) - tais como ofertar nota fiscal.

No caso específico do ICMS, levando em consideração tudo o que foi discutido, percebe-se que a partir do momento em que o fato gerador ocorre, a obrigação tributária de pagar imposto recairá sobre ela em forma de alíquota - valor percentual fixo que terá como base de cálculo o valor da operação ou prestação -, gerando ao contribuinte a garantia constitucional de pagar tributo.

A fim de trazer mais didaticidade, propõe-se um exemplo hipotético. João, comerciante de bebidas, compra uma quantidade X de garrafas da Indústria “Viva” com o intuito de revender esses produtos sob valor diverso. Dessa forma, sob o valor de compra efetuado por João incidirá uma alíquota de 18% a título de ICMS, ou seja, se o valor da compra foi de R$10.000 (dez mil reais) a quantidade de imposto a ser recolhida será de R$1.800, valor este a ser devido pela Indústria Viva - ao passo que ela realizou a operação de circulação de mercadoria (anexo I - figura 1).

Em linhas gerais, assim funciona a lógica do ICMS: um contribuinte (tido como aquele que comercializa com volume e habitualidade) realiza uma operação de venda de mercadoria - ou prestação de transporte - a outrem e sobre essa operação incidirá o

percentual do imposto (alíquota), devendo aquele realizar o recolhimento perante a Administração Tributária do Estado competente.

Ocorre, além disso, que os contribuintes a fim de diminuírem a carga do imposto sob suas expensas, embutem o valor do ICMS na soma final da venda ou prestação de transporte, ao passo que quem realmente paga o imposto é o consumidor que está aderindo à operação. Logo, se o valor de ICMS a ser recolhido for de R$5.000 (cinco mil reais) e o valor da operação ou prestação for de R$10.000 (dez mil reais), o valor repassado ao consumidor será de R$15.000 (quinze mil reais), sendo este o real pagador do tributo - aquele que na seara tributária é chamado de contribuinte de fato, isto é, o real atingido pelo ônus financeiro do tributo.

Ademais, o comando constitucional que abriu a hipótese de incidência do ICMS consignou no inciso I § 2º, do artigo 155 um princípio fundamental em relação a este tributo: a não cumulatividade. Tal princípio preconiza que aquele cujo ônus tributário recair poderá se creditar do valor tributado e utilizar esse crédito em uma possível saída tributável da mercadoria ou do serviço prestado, isto é, poderá compensar o valor que pagou pelo tributo derivado da operação ou prestação em uma nova circulação.

A fim de exemplificar, imagine-se que João, comerciante de bebidas anteriormente citado, comprou 200 (duzentas) caixas de bebida de uma distribuidora com o valor de R$ 20.000 (vinte mil reais), considerando que sobre essa operação incidirá uma alíquota de 15% é prudente perceber que o total da venda será de R$ 23.000 (vinte e três mil reais), ao passo que a distribuidora adicionou o valor do ICMS que irá recolher ao Fisco.

Neste caso, por ter pago R$3.000 reais de imposto, João poderá se creditar desta quantia e "descontá-la" em uma próxima operação. Suponha-se que ele repassou essas 200 caixas a um mercado próximo de sua casa por R$ 30.000 (trinta mil reais), considerando a mesma alíquota de 15% sobre esta operação chegar-se-á a uma importância tributária de R$4.500 (quatro mil e quinhentos reais) a ser paga por João. Ocorre, nesse caso, que ele poderá compensar esta última quantia com a realizada na 1° operação (compra da distribuidora), à medida que ele deve ao Fisco apenas R$1.500 (um mil e quinhentos reais).

Esta é a lógica constitucional da não-cumulatividade do ICMS, trazida a fim de

evitar sobrestamento de cargas tributárias ao contribuinte, e, por conseguinte, ao consumidor final. Contudo, a própria *mater legis* consigna que não será hipótese de cumulação de crédito a saída isenta ou não tributável, ou seja, aquela sobre a qual não recair a obrigação tributária principal - seja por dispensa legal (isenção) ou pela simples não incidência (não tributável). Nestes dois casos caberá ao contribuinte estornar o crédito que recebeu em favor do Fisco se já tiver sido lançado, caso contrário, existirá a simples anulação da compensação.

É importante entender esse modo de ser da dinâmica do ICMS a fim de desvelar como os contribuintes, em sua maioria empresas, e a administração tributária regem suas relações tributárias em volta deste imposto. Como é percebido, a dinâmica da não cumulatividade urge um sistema constante de análise de créditos e débitos, assim como os possíveis casos de devolução.

Ademais, no que tange ao ICMS, é prudente tratar acerca da dinâmica que rege as alíquotas deste tributo, haja vista que o valor final destinado ao consumidor e a importância devida ao Fisco pelo contribuinte são vinculadas a ela. Por oportuno, é válido identificar como são definidas as alíquotas de ICMS, sejam elas a nível interno (dentro da mesma unidade da federação) ou externo.

A competência para definir as alíquotas internas de cada Estado-Membro pertence ao legislativo respectivo do ente, ao passo que a outorga constitucional do art. 115, II, declina as casas legislativas a atribuição de definir tal porcentagem. Já no âmbito das operações ou prestações interestaduais, a alíquota base é definida por resolução do Senado Federal (*vide* resolução n° 22/89) levando em consideração as alíquotas estaduais e equalizando as necessidades de cada ente.

## 3 A AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE N° 49

Esclarecida a dinâmica do ICMS na sistemática tributária nacional, faz-se necessário desnudar do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 49, a qual trouxe mudanças significativas na seara tributária, sobretudo, em relação à sistemática deste tributo.

O julgamento da ADC 49 foi procedido no Supremo Tribunal Federal a partir de iniciativa do Estado do Rio Grande do Norte cujo intento principal era a declaração de

constitucionalidade em favor dos artigos 11, § 3 º, II, 12, I no trecho "ainda que para o estabelecimento do mesmo titular" e 13, § 4°, da Lei Complementar 87/90 (lei Kandir).

Tal ação foi direcionada à Suprema Corte com o fito de resolver a controvérsia jurídica acerca da incidência ou não do ICMS nos deslocamentos de mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular, ao passo que o diploma legal (lei Kandir) preconiza que será caso de incidência, e a jurisprudência, por sua vez, consolidou que se não houver transferência de titularidade não há incidência do tributo.

Neste ínterim, faz-se necessário entender que "estabelecimento", para fins da Lei Complementar 87/96, " é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiros, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias".

Este esclarecimento é fundamental para que não haja confusão com a noção de estabelecimento preconizada pelo Direito Empresarial, a qual, nas palavras de Enedino (2020, p. 136), é "o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que compõem o acervo da empresa, servindo lhe para o alcance de sua finalidade produtiva e lucrativa, bem como servindo de garantia ao pagamento das obrigações empresariais".

Seguido o entendimento, é evidente perceber que tal celeuma é um entrave para a administração tributária dos Estados membros, os quais recolhem os tributos das empresas que remetem mercadorias a outras filiais e, após a tramitação de um processo judicial movido pelo contribuinte, estornam o crédito tributário outrora válido, gerando um ambiente de insegurança jurídica e dando margens a erros na tributação - situação comum antes do julgamento da ADC 49.

Neste sentido, é claro entender que a predileção do Estado-membro ao propor a referida ação estaria na consignação dos devidos dispositivos, ao passo que é manifestamente benéfico à arrecadação tributária estadual a incidência do imposto sobre a circulação de mercadoria de estabelecimentos do mesmo contribuinte. Ao fazer isso ações como o processamento de uma mercadoria ou a pesagem de um produto serão tocados pelo *animus tributandi.* Percepção visível através dos argumentos trazidos na petição inicial, *in verbis*:

"Presumidamente constitucionais, as normas contidas nos artigos 11, Parágrafo 3°, II, 12, I, parte final, e 12, Parágrafo 4°, da LC n° 87/96 vinculam os agentes públicos fazendários em todos os Estados- Membros da Federação, os quais exigem dos

contribuintes a observância da regra de incidência de ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica. ”

## 3.1 O JULGAMENTO

Coube à Suprema Corte Brasileira a análise da referida ação proposta pelo Rio Grande do Norte, ao passo que no dia 19/04/2021 finalizou o julgamento entendendo ser improcedente a pretensão do Estado-Membro e tornando, por conseguinte, inconstitucionais os dispositivos outrora mencionados (artigos 11, § 3 º, II, 12, I, e 13, § 4°, da Lei Complementar 87/96)[3].

Ao consignar tal *razão* de decidir, o Supremo Tribunal consolidou o entendimento reiterado dos Tribunais Superiores Brasileiros visto anteriormente, ao passo que causou entre as administrações tributárias dos Estados e os núcleos de gestão fiscal das empresas uma celeuma sem precedentes à medida que considerou inexistente a tributação sobre deslocamento de mercadorias da mesma pessoajurídica.

A partir desta Decisão, o Governo do Rio Grande do Norte, através de sua Procuradoria, ingressou com Embargos de Declaração com o fito de combater o entendimento exarado pelo STF, requerendo, em linhas gerais, a modulação dos efeitos da decisão a fim de que a projeção seja *ex nunc*, ao passo que alega haver um possível um ajuizamento em massa de contribuintes que pleitem o estorno de créditos.

Seguindo a argumentação, há de se analisar que a principal mudança trazida por esta decisão foi a declaração de inconstitucionalidade do trecho “é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular”, previsto no art. 13, § 3º, II da LC 87/96, ao passo que mitigou a autonomia dos estabelecimentos da mesma pessoa jurídica - filiais, por exemplo - em relação às demandas tributárias.

[3] Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO FÍSICO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES DA CORTE. NECESSIDADE DE OPERAÇÃO JURÍDICA COM TRAMITAÇÃO DE POSSE E PROPRIDADE DE BENS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Enquanto o diploma em análise dispõe que incide o ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, o Judiciário possui entendimento no sentido de não incidência, situação esta que exemplifica, de pronto, evidente insegurança jurídica na seara tributária. Estão cumpridas, portanto, as exigências previstas pela Lei n. 9.868/1999 para processamento e julgamento da presente ADC. 2. O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual. Precedentes. 3. A hipótese de incidência do tributo é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. 4. Ação declaratória julgada improcedente, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”, e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996. (STF, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Julgamento 19/04/2021)

Em um primeiro momento, essa interpretação da Corte Constitucional apenas ratificou a jurisprudência anterior no sentido de não identificar a transmissão entre filiais como circulação jurídica, ocorre, todavia, que adotando a referida linha hermenêutica a decisão ensejou o entendimento de que os estabelecimentos da mesma pessoa jurídica são um único conjunto, responsáveis concomitantes pelas obrigações tributárias independentemente da localidade - fato este que trouxe significativas alterações jurídicas e administrativas na sistemática tributária brasileira.

## 3.2 REPERCUSSÕES DO JULGAMENTO DA ADC 49 NA SISTEMÁTICA TRIBUTÁRIA NACIONAL

Como visto anteriormente, a declaração de inconstitucionalidade por parte do STF de alguns dispositivos legais da LC 87/96 trouxe consigo significativos desdobramentos jurídicos e administrativos - leia-se na seara tributária -, haja vista que trouxe uma nova leitura ao relativizar a autonomia dos estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

É válido, ressaltar, sobretudo, que os efeitos produzidos por esta Decisão vão além da mera hermenêutica do texto atacado, alterando a *práxis* de empresas com diversas filiais espalhadas pelos entes da Federação e da Administração Fazendária destes, uma vez que versa sobre o imposto de maior incidência no dia-a-dia tributário.

### 3.2.1 RELATIVIZAÇÃO DA CAPACIDADE TRIBUTÁRIA ATIVAS NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS E REDUÇÃO DRÁSTICA NAS RECEITAS DERIVADAS

A primeira celeuma que derivou do julgamento da ADC 49 foi a relativização da capacidade tributária dos entes competentes, a saber, os Estados e o Distrito Federal, ao passo mitigou o *animus tributandi* destes nas operações interestaduais de estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

Em primeiro plano, é fundamental entender que a repartição da capacidade tributária ativa é uma máxima constitucional da efetivação da federação, ao passo que os estados autônomos, munidos da capacidade de auto-organização e autoadministração, passam a carrear sua organização financeira mediante receitas próprias, gerenciando

os valores recebidos e aplicando nos segmentos pertinentes.

Este primado possibilita aos estados-membros da federação o pleno exercício para cobrar e fiscalizar os tributos pertinentes à sua administração, cristalizando a competência legislativa que lhe foi concedida para instituir a exação. Neste sentido escreveu o célebre professor Ricardo Alexandre (2016, p. 602) ao entender que:

> a necessidade de um sistema constitucional de repartição de rendas decorre diretamente da forma federativa de Estado, caracterizada primordialmente pela autonomia dos entes que o compõem. Não há como se imaginar a autonomia de um ente que não tenha recursos materiais para o desempenho das competências que a Constituição lhe atribui.

Feitos estes esclarecimentos, é possível perceber que a capacidade tributária ativa de cada estado é a autorização para exigir o cumprimento das obrigações tributárias, sendo aquela repartida e gerenciada de forma autônoma por cada membro da federação.

No que se refere aos efeitos da ADC 49 sobre esta temática, é notável concluir que o entendimento de que os estabelecimentos da mesma pessoa jurídica não são autônomos, ainda que localizados em estados diferentes, traz um colapso ao sistema federativo de repartição de capacidade tributária ativa, ao passo que uma mercadoria que circule por diversas filiais em estados diversos não poderá sofrer a incidência do tributo.

Tal efeito pode parecer em um primeiro momento irrelevante, todavia, há de se analisar que a circulação entre as filiais representava aos estados responsáveis pela tributação um cerne de arrecadação considerável, sendo uma base orçamentária fundamental para fazer frente aos gastos públicos.

Interessante notar, nesse patamar, os valores destacados pelo estado do Rio Grande do Norte nas entradas e saídas interestaduais nos últimos 5 exercícios financeiros (anexo I – figuras 2 e 3).

A partir da leitura desses dados é prudente perceber que o impacto financeiro sofrido pelos estados a partir da não incidência sobre as operações interestaduais entre filiais da mesma pessoa jurídica será substancial, haja vista que a práxis tributária já havia consignado a cobrança da exação. A despeito do gráfico constar todas as operações interestaduais para além das feitas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, é evidente perceber que o dano beira a casa de milhões,

afetando indelevelmente a organização orçamentária dos estados.

Noutro giro, outro dano causado pela *ratio decidendi* da ADC 49 é a relativização da capacidade tributária ativa dos estados, ao passo que um produto que divagava por diversas filiais gerando receita à máquina pública de diversos membros, passa agora a circular livre da exação.

Essa "circulação fantasma" é danosa a repartição constitucional de capacidade tributária ativa, uma vez que a mercadoria é direcionada ao território do estado, goza de serviços ofertados como estradas, fiscalização e segurança, sem, todavia, conceder nenhum benefício. Ou seja, o estado que recebe a mercadoria oferta inúmeros serviços para que aquele bem seja deslocado e não recebe em troca a retributividade financeira.

Em primeiro momento, é necessário entender a dinâmica das operações interestaduais concernentes ao ICMS, prevista constitucionalmente no art.155, VII, o qual preconiza que:

> nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

Partindo deste entendimento, é percebido que as operações de mercadorias que ultrapassem os limites estaduais cuja incidência do ICMS recaia serão administradas pelos Estados competentes à tributação, isto é, aqueles envolvidos na destinação e recebimento - princípio máximo da repartição tributária constitucional.

Desta forma, levando em a legislação anterior ao julgamento da ADC 49, mormente o art.12, I, e a compreensão trazida acima, é factível perceber que a incidência sobre operações que destinem mercadorias a estabelecimentos de outros estados, ainda que da mesma pessoa jurídica, consubstanciam o princípio do pacto federativo, permitindo que tais operações recebam o *munus* público para assegurar a competência tributária dos Estados-membros.

Ocorre, todavia, que o entendimento exarado pelo STF no julgamento da ADC 49 desconsiderou esta afirmativa constitucional, declarando inconstitucional o trecho legal que assegurava a incidência sobre operações interestaduais para estabelecimento do mesmo contribuinte - conforme preconizou o ministro Edson Fachin (2021) em seu voto:

> A hipótese de incidência do tributo é, portanto, a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. A operação somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, a qual não pode ser apenas física e econômica, mas também jurídica.

Contudo, é prudente perceber que a Suprema Corte se ateve unicamente ao critério físico para decidir acerca da ocorrência do fato gerador, se utilizando de uma linha de raciocínio que padece de segurança, haja vista haver decisões exaradas pelo STF e STJ as quais a saída física de mercadoria de um centro de distribuição, por exemplo, é a manifestação do fato gerador do ICMS[4].

Neste sentido, há de se compreender que a *ratio decidendi* trazida pela ADC 49 relativizou a competência dos Estados-membros de forma a causar insegurança jurídica nas operações interestaduais. O ente tributante competente que outrora recolhia o Imposto em operações interestaduais para estabelecimento da mesma pessoa jurídica (prática consolidada na *práxis* tributária) perde com esta decisão parte significativa da receita primária derivada que auferia, passando a reorganizar sua ação em níveis orçamentários, fiscalizatórios e administrativos.

Esse conglomerado de danos traz insegurança jurídica às relações tributárias concernentes ao ICMS, à medida que distorcem a interpretação sistemática do direito tributário e abre margem a um estorno de créditos em massa, ao passo que a decisão produz efeitos *ex tunc* e atinge os atos praticados preteritamente. Nestes termos, vários órgãos e organizações protestaram ante a decisão do STF, como a Federação das Indústrias do Rio Grande do Norte (FIERN) que através de Nota Pública (2021) demonstrou que:

> Sem que estejam claras as consequências federativas, operacionais, econômicas e financeiras da decisão do Supremo Tribunal Federal, não se faz possível o cumprimento uniforme e padronizado por parte das empresas e estados e, além disso, pode ensejar distorções ainda maiores aquelas às quais a decisão propôs-se a solucionar.

[4] TRIBUTÁRIO. I.C.M. MERCADORIAS VENDIDAS A CONSUMIDORES SITUADOS NUM ESTADO, POREM ORIUNDAS DE OUTRO ESTADO, ONDE FORAM FATURADAS E EMITIDAS AS NOTAS FISCAIS, E DE ONDE SAIRAM DIRETAMENTE PARA O CONSUMIDOR. INCIDENCIA DO TRIBUTO NO ESTADO ONDE SE DEU A TRANSMISSAO DA PROPRIEDADE E DE ONDE SAIU DIRETAMENTE PARA O CONSUMIDOR. DECISÃO QUE NÃO VULNEROU O ART-23, INC-II, DA CONSTITUIÇÃO, NEM TAMPOUCO O ART-3 DO DEC.-LEI N. 406/68, E ARTS. 97, III, 108, 113, PAR-1., 127, III, E 159 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DISSIDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (STF - RE: 95981 MG, Relator:
Min. DJACI FALCAO, Data de Julgamento: 12/11/1982, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 25-02-1983 PP-01540 EMENT VOL-01284-02 PP-00461)

Além disso, seguindo este esteio, o Comitê dos Secretários de Fazenda dos Estados e do DF emitiu o ofício n° 185/2021 direcionado ao Supremo Tribunal Federal trazendo como pedido central a modulação dos efeitos da ADC 49 ante a insegurança jurídica trazida pela decisão, conforme trecho abaixo:

> Outrossim, em atenção às peculiaridades da decisão da ADC em epígrafe insta lançar luzes ao fato de que enquanto pendente aclaramento da decisão em relação aos pontos aduzidos há candente possibilidade de multiplicação do contencioso administrativo e judicial em torno da matéria, provocando celeuma dissonante ao princípio daeficiência (art. 8º, CPC).

Desta forma, é prudente perceber que a relativização da competência do ente tributante é uma brecha sem precedentes na sistemática tributária brasileira, trazendo reflexos jurídicos e administrativos na referida seara - tanto para o Fisco como para a gestão fiscal das empresas.

### 3.2.2 IMPACTOS NAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS DAS FILIAIS

Ato contínuo, percebe-se o quanto a decisão emanada através do julgamento da ADC 49 alterou substancialmente a dinâmica da gestão das obrigações acessórias das filiais, levando em consideração que elas não devem ser mais consideradas autônomas - entendimento preconizado a partir da supressão do inciso II, §3º, do art.11 da LC 87.

Em primeiro lugar, faz-se necessário entender o que são obrigações acessórias e quais os liames práticos delas na dinâmica tributária. A definição precípua deste instituto é trazida no § 2º do art. 113 do CTN, a qual preconiza que obrigação acessória "decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos", ou seja, são as medidas exigidas do contribuinte que auxiliem no cumprimento da obrigação principal, qual seja, pagar o tributo.

Nas palavras do professor Ricardo Alexandre (2016, p. 260), é necessário entender que:

> a relação de acessoriedade, em direito tributário, consiste no fato de que as obrigações acessórias existem no interesse da fiscalização ou arrecadação de tributos, ou seja, são criadas com o objetivo de facilitar o cumprimento da obrigação tributária principal, bem como de possibilitar a comprovação deste cumprimento (fiscalização)."

Em suma, as obrigações acessórias podem ser a emissão de nota fiscal, a emissão de guias para o recolhimento de tributo, a escrituração de livros fiscais - sejaela física ou digital -, as demonstrações contábeis do exercício financeiro, dentre muitas outras. É prudente entender que o escopo principal desta obrigação é auxiliar o recolhimento da importância tributária.

Feito este esclarecimento, é notável perceber que tanto a matriz como as filiais possuem um *munus* de obrigações principais e acessórias, devendo estas serem contabilizadas individualmente e geridas pelo núcleo contábil de cada unidade.

Ocorre, todavia, que a decisão emanada no julgamento da ADC 49 desconstituiu essa demanda territorial das filiais, ao passo que entendeu não ser autônomo cada estabelecimento do mesmo titular. A partir de agora, os núcleos de gestão tributária das empresas não têm clareza em relação a quem deve recolher o tributo, como serão realizados os aproveitamentos de créditos e escrituração de débitos.

Foi criado um cenário de incerteza e insegurança jurídica substancial, haja vista que a contabilidade de 1° etapa - responsável pela macrogestão da pessoa jurídica - passa agora a não somente se preocupar com a adequação de créditos e débitos a nível geral, mas de identificar e administrar operações a nível regional, uma vez que os estabelecimentos não devem ser considerados autônomos.

Neste esteio, é possível perceber, por exemplo, a incerteza em relação a gestão de créditos entre a matriz e as filiais, ao passo que a práxis tributária permitia às empresas recolherem imposto ao transferirem mercadoria para uma filial e se creditavam desta operação, gerando uma dinâmica de aproveitamento de créditos. Ocorre, contudo, que a partir da inconstitucionalidade da autonomia do estabelecimento tal gestão foi inviabilizada, haja vista que as filiais passam agora a ser uma unidade jurídica da matriz, passando a ter um *munus* tributário único.

Para além desses danos, o entendimento preconizado a partir da ADC não considerou outros dispositivos elencados na Lei Complementar 87 que preconizam a autonomia do estabelecimento em relação às filiais. Dentre eles está o artigo 25 cuja redação aduz que “para efeito de aplicação do disposto no art. 24, os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados no Estado”, isto é, cada filial deve gerir os créditos e débitos nascidos emsua localidade.

Ademais, os ajustes administrativos trazidos pelos instrumentos reguladores acessórios à legislação preconizam a necessidade de gestão autônoma das relações tributárias. Um exemplo destes regulamentos é a cláusula sexta do Ajuste SINIEF n° 2, a qual preconiza que:

> O contribuinte que possuir mais de um estabelecimento, seja filial, sucursal, agência, depósito, fábrica ou outro qualquer, deverá prestar as informações relativas à EFD em arquivo digital individualizado por estabelecimento, ainda que a apuração dos impostos ou a escrituração contábil seja efetuada de forma centralizada (grifo próprio).

Além disso, o Guia Escrituração Fiscal Digital (EFD) ICMS/IPI traz um direcionamento às empresas para que administrem a escrituração fiscal de forma autônoma para cada filial, isto é, "o contribuinte deve gerar e manter uma EFD-ICMS/IPI para cada estabelecimento, devendo esta conter todas as informações referentes aos períodos de apuração do (s) imposto(s)".

Há de se analisar, portanto, que a legislação brasileira concernente ao direito tributário traz uma linha interpretativa voltada à autonomia dos estabelecimentos em relação às obrigações tributárias do ICMS, ao passo que a gestão individual das demandas do imposto traz celeridade e um controle mais eficiente. Note-se, todavia, que após o julgamento da ADC 49 o cerne interpretativo em relação à autonomia foi alterado, trazendo insegurança jurídica e inconsistências, mormente em relação às obrigações acessórias das filiais.

### 3.2.3. CANCELAMENTO FÁTICO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

Dando prosseguimento aos impactos trazidos pelo julgamento da ADC 49 na sistemática tributária, é prudente perceber que a lacuna exegética trazida pela decisão afetou drasticamente a dinâmica dos benefícios fiscais concedidos a empresas que possuam filiais, ao passo que pôs um entrave fático para o procedimento da benesse tributária.

Tal política de benefícios fiscais é regulamentada pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), o qual avalia a legitimidade dos benefícios em assembleia com os estados a fim de evitar as denominadas guerras fiscais. Esse instituto visa alimentar a circulação de riqueza entre os membros e fomentar a

economia, como afirma Paulsen (2020, p. 26) ao preconizar que "os Estados Membros e também os Municípios se utilizam da concessão de benefícios fiscais (isenções, créditos presumidos etc.) ou de alíquotas reduzidas para obterem vantagens competitivas perante os demais".

Em linhas gerais, um benefício fiscal é quando um Estado oferta a determinada empresa um desencargo financeiro em relação ao tributo para que ela instale unidades no território deste Estado ou desenvolva de alguma forma a atividade econômica nesses limites.

Muitas são as formas de se aplicar um benefício fiscal, dentre elas talvez a mais aplicada nas práxis seja o benefício em forma de crédito presumido, a qual segundo definição do site Valor Consulting (2021) "é apenas uma presunção de crédito de ICMS sobre valores apurados com base nas operações dos efetuadas pelo contribuinte", isto é, o estado oferta um crédito que ainda não foi constituído para que haja um saldo credor positivo em relação à empresa.

Tal dinâmica do benefício fiscal sob a forma de crédito presumido foi consignada na sistemática tributária tanto em relação às empresas como ao fisco, ocorre, todavia, que após a publicação da decisão exarada na ADC 49 tal forma de agir sofreu substanciais entraves práticos, sob os quais foi trazida uma inviabilização fática do gozo do benefício supracitado.

Suponha-se que em uma realidade anterior ao julgamento da ADC 49 determinada empresa com várias filiais dispostas por todo território nacional receba a proposta de um estado x para que estabeleça uma filial em seu território. Ao fazer isto receberá um benefício fiscal em forma de créditos presumidos, ou seja, obterá mensalmente um valor fixo de créditos a serem geridos independente dos advindos de operações reais.

Se tal empresa anuísse à proposta do estado x passaria a atuar mediante a dinâmica de créditos presumidos, gerindo seu saldo credor com um fator matemático positivo, gerando receita para o caixa próprio e recolhendo impostos ao estado - inclusive nas operações destinadas por outros estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

Contudo, trazendo a realidade pós ADC 49, é prudente perceber que essa dinâmica seria inviabilizada de forma prática, haja vista que o estado x não poderia

cobrar a exação dessa empresa nas operações destinadas a outras filiais da mesma pessoa jurídica, trazendo um desequilíbrio na gestão dos créditos à medida que o saldo mensal será diminuído - tanto em relação a créditos como a débitos.

Este entendimento foi trazido pelo Estado do Rio Grande do Norte nos embargos de declaração ofertados à decisão exarada na ADC 49, o qual preconiza que:

> Não sendo a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte passível de tributação de ICMS, não há como ser aplicado o crédito presumido concedido pela legislação estadual do Estado de origem, não havendo, de igual modo, qualquer imposição ao Estado destinatário para aceitação do benefício concedido por outra Unidade Federada, de forma que ocorrerá, na prática, a anulação dos efeitos do favor fiscal, em detrimento das finanças e doplanejamento tributário do beneficiário.

Em vista disso, há de se analisar que o entendimento trazido no julgamento da ADC 49 a despeito de não alterar o arcabouço legal dos benefícios fiscais, traz consigo um entrave prático à dinâmica outrora consolidada, sobretudo no que diz respeito aos créditos presumidos, ao passo que inviabilizou a gestão tributária da benesse concedida e trouxe desequilíbrio ao saldo credor das empresas contempladas.

Para consignar isso de forma prática, é prudente analisar os valores concedidos a título de benefícios fiscal pelo Estado do Rio Grande do Norte nos últimos cinco exercícios financeiros, através dos quais será possível perceber o real impacto desse cancelamento fático (anexo I – figura 4).

Nota-se, então, que os valores atingem anualmente a casa dos R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), e somados ultrapassam a casa dos R$ 2.000.000,00 (dois milhões), valores vultuosos que após o julgamento da ADC 49 serão desconstituídos e inviabilizados praticamente, alterando a receita dos estados e das empresas contempladas a nível orçamentário e contábil.

### 3.2.4 ESTORNO DE DÉBITOS INDEVIDOS (AÇÕES DE REPETIÇÃO DE INDÉBITOEM MASSA)

Para além dos impactos já mencionados, observa-se que as razões de decidir utilizadas na decisão da ADC 49 abriram uma margem perigosa em relação aos débitos constituídos antes do julgamento, ao passo que a decisão exarada através do controle concentrado de constitucionalidade produz efeitos *ex tunc,* isto é, retroagirá

temporalmente e atingirá os fatos antecedentes ao controle, tornando, *in casu,* os débitos constituídos na transferência entre filiais, indevidos.

Esta abertura de precedente enseja ao contribuinte tributado indevidamente o direito de ingressar judicialmente com uma ação de repetição de indébito, um instrumento jurídico forjado no intuito de reparar uma exação indevida ao se restaurar o valor cobrado. Esse instituto jurídico é baseado no princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, preconizando que ninguém, inclusive a administração pública, aumente seu patrimônio em decorrência de verbas indevidas.

Neste sentido lecionou Ricardo Alexandre (2016, p. 393):

> É cediço em direito que quem pagou o que não era devido possui direito à restituição. O fundamento da regra é o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, pois não é justo que alguém obtenha um aumento patrimonial sem que tenha concorrido para tanto, sendoapenas beneficiário de erro de outrem.

Há de se analisar, partindo desse pressuposto, que a cobrança de tributo sob as operações entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica não deveria ter sido efetuada, haja vista o entendimento preconizado na ADC 49, facultando aos contribuintes o ingresso com a restituição judicial através da repetição do indébito.

Veja-se a celeuma que foi instaurada a partir deste cenário, a quantidade de milhares de operações - senão milhões - que passaram a ser tributadas indevidamente, possibilitando a cobrança judicial e o estorno mediante créditos. A quantidade de ações que podem ser dirigidas ao judiciário superlotando as varas especializadas, além da insegurança jurídica trazida mediante a divergência das leis estaduais e a decisão exarada no controle concentrado.

A fim de demonstrar de forma prática esta afirmativa, há de se analisar o julgamento de uma Apelação Cível procedida no Tribunal de Justiça do Amazonas sob o n° 0653132-05.2018.8.04.0001 AM 0653132-05.2018.8.04.0001, o qual constou em seu teor a inexistência da relação jurídico-tributária na transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular e necessidade de repetição do indébito no caso concreto, exigindo do Estado-membro o ressarcimento dos valores nos últimos 5 anos. Veja-se um trecho do relatório:

> Mediante aludida sentença, às fls. 284/289, o juízo de primeiro grau concedeu tutela de urgência e julgou procedentes os pedidos da inicial, declarando a

> inexistência de relação jurídico-tributária para incidência de ICMS no deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, bem como determinou a repetição de indébito nos últimos 5 (cinco) anos.

Outrossim, afirmou o egrégio Tribunal ao manter a sentença atacada que:

Diante disso, estando a sentença em conformidade aos precedentes do STJ, ratificados pelo STF na ADC 49, a qual produz efeitos vinculantes para todos (erga omnes) e, via de regra, operando desde a edição da norma (efeito *ex tunc*), ela deve ser mantida em sua integralidade.

Tal julgado é sintomático, na medida em que ilustra um de tantos outros processos que poderão a partir da decisão sob análise da Suprema Corte, dada a possibilidade de os contribuintes ingressarem com a repetição de indébito e obterem valores pretéritos carreados aos cofres públicos. Tais medidas causarão graves danos à organização orçamentária dos Estados e à sistemática tributária nacional, ensejando falta de integração e insegurança jurídica das relações jurídico-tributárias já constituídas.

E isso é substancialmente danoso para a *práxis* tributária tanto em relação à administração tributária como às empresas, haja vista o cenário de incerteza quanto ao *status* dos débitos e créditos constituídos antes do julgamento da ADC 49, sendo objeto de divergência interpretativa e readequação nas mais diversas instâncias tributárias.

Em vista disso, percebe-se que, caso não haja a modulação dos efeitos da decisão e uma adequada manifestação acerca da temática dos débitos pré-constituídos, será dada uma largada para ações de repetição de indébito em massa, causando instabilidade jurídica e impossibilidade de uniformização da aplicação da sistemática tributária, ao passo que a que a incongruência entre a regulamentação e a prática tributária estão postas.

A solução para a insegurança jurídica é, pois, a modulação dos efeitos do julgamento da ADC 49, o que aqui se defende ser essencial para tratamento adequado e completo da matéria posta.

## 4 CONCLUSÃO

Diante dos fatos expostos, é possível perceber que as razões de decidir da Ação de Declaração de Constitucionalidade n° 49, sobretudo no tocante à desconstituição da autonomia do estabelecimento, trouxeram impactos significativos à sistemática tributária nacional à medida que desconsideraram o arcabouço jurídico estabelecido em relação à individualidade de cada filial.

Nesse sentido, a decisão exarada pela Suprema Corte tem um peso jurídico inegável para além da mera hermenêutica do texto, ao passo que anula materialmente a aplicação das normas no plano fático. Há de se entender, todavia, que o primado da divisão dos poderes enseja a harmonia entre eles, não a sobreposição, no intuito de que arbitrariedades ou inconsistências sejam vedadas no seio social.

A despeito desta carga principiológica, a decisão exarada no julgamento do controle concentrado não se ateve prudentemente ao *modus operandi* da sistemática tributária em relação à transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, emitindo um entendimento que não exauriu as celeumas da temática e, de forma mais grave, abriu precedentes que causaram insegurança jurídica no dia-a-dia do operador do direito tributária.

Essa falha interpretativa deu cabo à impactos jurídicos, mormente na seara das legislações estaduais que passam agora a divergir da lei complementar federal, e administrativos, à medida que alterou práticas já consolidadas na *práxis* tributária - como a dinâmica dos benefícios fiscais sob a forma de créditos presumidos. Para além disso, criou brechas legais para que as relações jurídico-tributárias pretéritas ao julgamento sejam atacadas tanto por contribuintes como pelo fisco, haja vista que os efeitos *ex tunc* ensejam tal possibilidade.

Neste esteio de incertezas e divergências de interpretação, juristas e contribuintes anseiam pela modulação dos efeitos do referido julgamento - pedido realizado pelo Estado do Rio Grande do Norte nos Embargos de Declaração propostos à decisão -, no desiderato de que as alterações legislativas e práticas sejam procedidas de forma paulatina e participativa, construindo - ou reconstruindo - a sistemática tributária à luz da razoabilidade e da segurança jurídica.

Por fim, faz necessário compreender que a forma pertinente de alterar o *modus operandi* da dinâmica do ICMS em relação às transferências entre filiais deve ser procedida no Poder Legislativo, através da participação popular e dos estados-

membros, principais envolvidos na querela suscitada.

Sem tal intervenção legislativa, haverá um interregno legal no qual cada um interpretará da forma que lhe beneficie e será proposto um estado de anomia sem precedentes, haja vista que a lei complementar federal aponta para um sentido, as legislações estaduais para outro, e o judiciário, por sua vez, diverge de ambas e abre lacunas na sistemática tributária nacional.

## ANEXO I – FIGURAS E TABELAS

| Operações | Indústria "Viva" | Revendedor João | Consumidor Final |
|---|---|---|---|
| **Valor da Venda** | 10.000,00 | 30.000,00 | 50.000,00 |
| **Alíquota** | 18% | 18% | 18% |
| **Valor a ser recolhido** | 1.800,00 | 5.400,00 | 9.000,00 |

(figura 1)

Governo do Estado do Rio Grande do Norte
Secretaria da Tributação

**SIMULAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS : ICMS DESTACADO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERESTADUAIS DO RN - 2016 A 2020 ( CRÉDITO FISCAL TRANSFERIDO A OUTRAS UF)**

| Mês | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | Total |
|---|---|---|---|---|---|---|
| janeiro | R$17.981.722 | R$17.706.836 | R$18.960.782 | R$18.173.370 | R$21.811.602 | **R$94.634.312** |
| fevereiro | R$17.990.985 | R$15.650.677 | R$15.786.335 | R$19.191.685 | R$20.443.712 | **R$89.063.395** |
| março | R$27.173.030 | R$20.229.759 | R$19.989.758 | R$21.204.695 | R$22.220.108 | **R$110.817.349** |
| abril | R$18.961.463 | | R$19.772.173 | R$21.431.716 | R$13.968.888 | **R$74.134.240** |
| maio | R$22.251.934 | | R$16.746.389 | R$22.118.774 | R$13.910.414 | **R$75.027.511** |
| junho | R$20.087.541 | | R$21.912.805 | R$22.783.390 | R$20.044.612 | **R$84.828.348** |
| julho | R$19.968.301 | R$20.657.069 | R$22.557.280 | R$24.474.988 | R$25.974.936 | **R$113.632.574** |
| agosto | R$18.935.320 | R$19.482.540 | R$21.339.349 | R$24.854.691 | R$21.925.230 | **R$106.537.130** |
| setembro | R$18.120.055 | R$18.213.541 | R$20.592.471 | R$23.585.317 | R$26.968.136 | **R$107.479.520** |
| outubro | R$19.846.125 | R$20.166.828 | R$22.900.894 | R$25.341.125 | R$26.829.980 | **R$115.084.952** |
| novembro | R$24.109.766 | R$21.752.888 | R$23.791.182 | R$23.127.334 | R$28.545.420 | **R$121.326.591** |
| dezembro | R$23.049.632 | R$24.172.007 | R$22.308.478 | R$29.822.071 | R$30.600.128 | **R$129.952.316** |
| **Total** | **R$248.475.873** | **R$178.032.145** | **R$246.657.895** | **R$276.109.156** | **R$273.243.166** | **R$1.222.518.236** |

(figura 2)

Governo do Estado do Rio Grande do Norte
Secretaria da Tributação

**SIMULAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS : VALOR DO ICMS DESTACADO NAS OPERAÇÕES DE ENTRADAS INTERESTADUAIS PARA O RN - 2016 A 2020 - (CRÉDITO FISCAL SUPORTADO NAS OPERAÇÕES)**

| Mês | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | Total |
|---|---|---|---|---|---|---|
| janeiro | R$35.682.076 | R$28.249.395 | R$32.842.981 | R$41.162.990 | R$39.358.289 | **R$177.295.731** |
| fevereiro | R$40.803.794 | R$28.261.649 | R$31.756.280 | R$35.112.520 | R$34.061.862 | **R$169.996.104** |
| março | R$29.075.969 | R$35.663.254 | R$36.826.836 | R$41.366.888 | R$36.029.803 | **R$178.962.750** |
| abril | R$34.921.479 | R$26.681.928 | R$35.645.081 | R$38.258.892 | R$25.007.924 | **R$160.515.304** |
| maio | R$29.967.324 | R$33.809.134 | R$29.998.828 | R$41.821.521 | R$34.289.447 | **R$169.886.254** |
| junho | R$30.315.340 | R$34.633.618 | R$35.497.194 | R$33.613.781 | R$40.368.757 | **R$174.428.689** |
| julho | R$28.844.547 | R$32.317.353 | R$35.443.703 | R$40.880.373 | R$37.956.932 | **R$175.442.908** |
| agosto | R$32.799.909 | R$37.342.606 | R$43.650.351 | R$39.489.139 | R$45.629.012 | **R$198.911.017** |
| setembro | R$29.380.882 | R$35.661.910 | R$41.168.481 | R$36.476.771 | R$46.193.624 | **R$188.881.668** |
| outubro | R$34.094.069 | R$33.266.355 | R$39.078.986 | R$39.135.561 | R$50.433.643 | **R$196.008.613** |
| novembro | R$36.151.274 | R$39.745.475 | R$41.577.940 | R$44.471.554 | R$51.831.416 | **R$213.777.659** |
| dezembro | R$29.448.260 | R$36.313.719 | R$37.978.841 | R$40.026.532 | R$47.616.331 | **R$191.383.683** |
| **Total** | **R$391.484.921** | **R$401.946.396** | **R$441.465.502** | **R$471.816.521** | **R$488.777.041** | **R$2.195.490.381** |

(figura 3)

***INCENTIVOS CONCEDIDOS SOB A FORMA DE CRÉDITO PRESUMIDO NO RN***

| EXERCÍCIO | INCENTIVOS – R$ |
|---|---|
| 2016 | 429.397.956 |
| 2017 | 379.329.843 |
| 2018 | 465.666.627 |
| 2019 | 505.175.023 |
| 2020 | 522.758.034 |
| **TOTAL =** | **2.302.327.484** |

(figura 4)

## REFERÊNCIAS


ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 10 ed. São Paulo: Forense, 2016.

BRASIL, **Ajuste SINIEF n° 2**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/2009/AJ_002_09 > Acesso em: 20 nov.2021.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 18 ago. 2021.

BRASIL, **Lei Complementar n° 87 (lei Kandir)**. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm > Acesso em 19 set.2021

BRASIL, **Lei n° 5.172 (Código Tributário Nacional)**. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm > Acesso em 15 ago.

2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 49**. Inexiste a ocorrência de fato gerador do ICMS em deslocamento físico de bens deum estabelecimento para outro de mesma titularidade. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5257024 > Acesso em: 19 ago. 2021.

ENEDINO, Edilson. **Direito Empresarial Esquematizado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 11 ed. São Paulo:Saraiva Educação, 2020.

ROCHA, André Ítalo. ICMS é tributo que mais contribui para os cofres públicos. Jornal **Exame**, 8 de julho de 2016. Disponível em < https://exame.com/economia/icms-e-tributo-que-mais-contribui-para-cofres-publicos/> Acesso em 19 set. 2021.

VALOR CONSULTING. **Crédito Presumido do ICMS: Hipóteses de Aplicação** (Área: ICMSSão Paulo). Disponível em <https://www.valor.srv.br/artigo.php?id=97&titulo=credito- presumido-do-icms-sp-hipoteses-de-aplicacao>. Acesso em 18 nov. 2021

# **RACISMO INSTITUCIONAL E SISTEMA DE JUSTIÇA:** UMA ANÁLISE DOTRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE

Wesleyanne Alves da Silva[1]
Sandresson de Menezes Lopes[2]

**RESUMO**

O racismo institucional através de mecanismos não percebidos pela sociedade, é responsável por manter práticas de discriminação e desigualdade racial, permitindo que a população negra continue a encontrar barreiras para assegurar a igualdade racial. O objetivo central do trabalho é analisar e evidenciar a presença do racismo institucional no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e como isso impede a luta do combate ao racismo. Propõe-se, assim, fundamentado na tridimensionalidade do racismo visto a partir das concepções individualista, institucional e estrutural, identificar se estes são presentes no sistema de justiça do Estado, baseado na análise jurisprudencial das demandas judiciais acerca dos crimes raciais, bem como na exposição das circunstâncias relativas à população negra no Estado e no Tribunal, e discorrer acerca da legislação que criminaliza o racismo. Por fim, constata-se a presença do racismo institucional que resulta na invisibilidade dos direitos dessa população, no atraso da prestação jurisdicional e na não promoção da igualdade racial por parte do Tribunal de Justiça do Rio Grande doNorte.

**Palavras-chaves:** Racismo institucional. Sistema de Justiça. Crimes raciais. Acesso à Justiça.

**INSTITUTIONAL RACISM AND THE JUSTICE SYSTEM:** AN ANALYSIS OF THE RIO GRANDE DO NORTE COURT OF JUSTICE

**ABSTRACT**

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: alveswesleyanne@gmail.com
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: sandresson1@hotmail.com

The institutional racism through mechanisms not perceived by society, is responsible for maintaining practices of discrimination and racial inequality, allowing the black population to continue to find barriers to ensure racial equality. The central objective of this work is to analyze and evidence the presence of institutional racism in the Court of Justice of Rio Grande do Norte and how this hinders the fight against racism. It is proposed, based on the three-dimensional of racism seen from the individualistic, institutional and structural conceptions, to identify if these are present in the justice system of the State, based on the jurisprudential analysis of the judicial demands about racial crimes, as well as in the exposition of the circumstances relative to the black population in the State and in the Court, and to discuss about the legislation that criminalizes racism. Finally, it is verified the presence of institutional racism that results in the invisibility of the rights of this population, in the delay of jurisdictional provision and in the non-promotion of racial equality by the Court of Justice of Rio Grande do Norte.

**Keywords:** Institutional Racism. Justice System. Racial Crimes. Access to Justice.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, além de garantir a todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza a inviolabilidade do direito a igualdade, bem como traz como objetivo da República a não discriminação e prevendo como crime imprescritível e inafiançável a prática do racismo. O crime de racismo está previsto na Lei nº 7.716/1989, mas conhecida como a lei do racismo ou lei antirracista, que enquadra uma série de condutas como crime. Preceitua em seu art. 1º como crime de racismo, condutas resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Apesar disso, é evidente que vivenciamos a desigualdade racial em toda a sociedade brasileira, em que o racismo é estruturado de diversas formas, por diversas instituições, e comprovados pelos inúmeros dados que apontam que a população negra é a que mais sofre barreiras para alcançar políticas públicas capazes de

assegurar a igualdade racial adequada. Nesse cenário todas as instituições estatais são responsáveis por assegurar os direitos incontestáveis em toda a legislação brasileira, principalmente no que tange aos direitos da população negra que amplamente sofre com direitos suprimidos em razão da cor ou raça.

Dessa forma, entre as instituições do Estado, o Sistema de Justiça Brasileiro, também tem o dever de assegurar os direitos individuais, coletivos e sociais. Não obstante a esse compromisso, a partir da afirmativa de que racismo é crime, tem o Tribunal de Justiça do Estado o dever de aplicar as legislações penais cabíveis, de modo a assegurar que práticas de preconceito e desigualdade racial não tenham espaço em nossa sociedade, bem como garantir o acesso à justiça e impelir a impunidade dos agressores. Inclusive, impedir que práticas discriminatórias se perpetuem em sua própria organização.

Ante o exposto, este trabalho suscita a seguinte problemática: de que forma o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte comporta-se frente às questões raciais de modo a garantir a criminalização de práticas discriminatórias e contribuir no enfrentamento ao racismo, na efetiva aplicabilidade das legislações penais cabíveis e na promoção da igualdade racial.

O presente trabalho tem como tema o racismo institucional e acesso à justiça no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Está estruturado em cinco seções, sendo a primeira a introdução, já na segunda seção busca-se apresentar o conceito de racismo a partir da abordagem histórico-conceitual expondo a evolução do conceito sob a ótica das visões individualista, institucional e estrutural, bem como suas formas de expressão. A terceira seção explana a evolução história da legislação penal antirracista, notadamente a Lei nº 7.716/89, mais conhecida como a lei antirracismo ou lei do racismo, e a figura da injúria racial do art. 140, §3º do Código Penal na forma da lei Lei nº 9.459/97.

A quarta seção busca revelar características da população negra no Estado e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, exibindo o fenômeno do racismo a dados quantitativos. A quinta seção revela o acesso à justiça para vítimas de crimes raciais a partir dos dados sobre registro dos crimes mencionados, como também da análise da jurisprudência acerca dos crimes raciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

## 2 CONCEITO DE RACISMO: UMA ABORDAGEM HISTÓRICO-CONCEITUAL

Existe na sociedade a compreensão de que racismo é crime, mas nem todos conhecem suas formas de expressão, suas nuances e o seu alcance. Para tal percepção é imprescindível à análise histórico-conceitual sobre este fenômeno, a fim depreender a solidificação da legislação penal vigente de combate antirracista, aumentando pôr fim a capacidade de ação de naturalização de práticas antirracistas.

O conceito de racismo está intimamente ligado à definição de raça, o sociólogo Michel Wieviorka em sua obra de introdução ao racismo, ousou em primeira análise trazer uma definição:

> O racismo consiste em caracterizar um conjunto humano pelos atributos naturais, eles próprios associados às características intelectuais e morais que valem para cada indivíduo dependente desse conjunto e, a partir disso, pôr eventualmente em execução práticas de inferiorização e de exclusão. (WIEVIORKA, 2007, p.9)

Observa-se que ao citar em sua definição a caracterização de atributos naturais, evidência à ligação com a ideia de raça, mas ambos não se confundem. Em meados do século XVIII, a noção de raça emerge com a necessidade que os seres humanos têm de compreender a diversidade humana, se espalhando entre as diversas áreas de conhecimento. Esse movimento de categorização no século XVIII e consecutivamente, resultou na compreensão de um racismo científico, que adveio da concepção de raça, onde atributos naturais, biológicos, culturais, tornam-se objetos de teorização.

A noção de raça tinha como principais elementos de distinção da diversidade humana as características biológicas e as características geográficas, essa distinção também servia para aferir a capacidade intelectual e a moral daquele indivíduo. A partir disso, surgiu uma separação da raça branca e outras raças, a exemplo, na história do Brasil, os indivíduos trazidos da África passaram a sofrer exclusão e inferiorização em razão da cor da pele e origem. Mais à frente, se observará, que não só esses fatores correspondem a esse processo de superioridade de uma raça branca sobre outra.

Segundo Wieviorka (2007) essa classificação racial se elaborou em um duplo movimento de expansão europeia e de manifestações de identidades nacionais, é

nesse contexto do nacionalismo que há um complexo esforço de classificação, emergindo assim uma ânsia de demonstrar de forma ampla a superioridade de uma raça sobre outra, a fim de legitimar práticas de inferiorização. O Nazismo foi uma das maiores expressões desse movimento, e é com o reconhecimento das barbáries ocorridas à época que o racismo científico entra em declínio.

Para Almeida (2020) a ideia de raça constitui um elemento essencialmente político a fim de justificar práticas discriminatórias e naturalizar desigualdades, legitimando a segregação e o genocídio de grupos conhecidos, sociologicamente, como minoritários, assim como ocorreu a época do Nazismo. Com o declínio do racismo científico, em que houve a desassociação dos conceitos de raça e racismo, trouxe o debate de ambos os conceitos para o bojo das ciências sociais e da política, surgindo o racismo institucional.

Os primeiros a usarem o termo "institucional", referindo-se ao fenômeno do racismo, foram dois integrantes do movimento negro norte-americano ao publicar a obra *Black Power: the politics of liberation in America* em 1967, que explicava sobre o desenvolvimento do racismo nos Estados Unidos, segundo os autores uma das formas era institucional e não evidente, permitindo a desassociação do racismo em atos intencionais ou conscientes de alguns agentes. Conforme Wieviorka (2007) este fenômeno é descrito na obra como algo que através de mecanismos não percebidos socialmente mantém-se a negritude em situação de inferioridade.

Acerca das instituições, Almeida (2020) contribui ao concluir que estas são a soma de normas, padrões e técnicas de controle que vão condicionar os indivíduos trazendo como resultado conflitos e lutas entre eles em busca de poder social, a fim de assumir o controle das instituições. Assim, segundo o autor, deterá o poder, os grupos que exercerem o domínio sobre a organização política e econômica da sociedade.

Esse movimento em busca de poder, é que deixará o negro em situação de inferioridade ao branco, isto porque o histórico brasileiro de escravidão, mesmo na pós-abolição, não conseguiu progredir em termos sociais e políticos sobre a questão racial, ao ponto de combater as desigualdades sociais e discriminações em razão da raça. Esse efeito é perfeitamente tangível dentro das instituições do país, a exemplo, a quantidade de juízes que se declaram negros em comparação com os que se declaram

brancos no Poder Judiciário.[3]

Assim, a compreensão do racismo nas instituições evidência as formas de expressões mais sutis e não brutais, nem reprováveis aos olhos da sociedade, dado esse conhecimento contribui no aprofundamento sobre o fenômeno, que por si só não é suficiente, mas constitui um mecanismo de combate, visto que são as instituições responsáveis por normas e padrões de ordem social, pois:

> se nada é empreendido de maneira voluntária para contrariar as tendências espontâneas das instituições, os membros dos grupos vítimas do racismo permanecem confinados em postos subalternos da vida econômica e política, ou sofrem a discriminação no emprego, na habitação e na educação. (WIEVIORKA, 2007, p. 32)

O esforço dos inúmeros teóricos das mais variadas áreas de conhecimento que apontam diversas concepções do racismo exprimem ainda sim um só fenômeno que pode ser expressado de diversas formas, seja em razão da caracterização das raças, seja pelas instituições, dar-se o mesmo significado a todas elas, racismo.

## 2.1 EXPRESSÕES DO RACISMO: PRECONCEITO, SEGREGAÇÃO EDISCRIMINAÇÃO

Como visto, o entendimento da concepção histórico-conceitual do racismo, por si só, não constitui uma ação suficiente de combate, sobretudo é importante compreender como um único fenômeno, com variadas expressões, a fim de que se tenha um efetivo combate, punindo-se de forma isonômica, observando-se é claro, o gravame de cada expressão, devendo-se ter cautela ao qualificar determinadas ações como racistas, para tanto se faz necessário entender as expressões mais comuns do racismo.

Inicialmente, uma das expressões do racismo, é caracterizada como individualista, em que há uma crença na existência de apenas preconceito, que segundo Almeida (2020) sob esta concepção, só há indivíduos racistas que agem isoladamente ou em grupo, não havendo sociedades ou instituições racistas. Notadamente, observa-se que não é possível sustentar essa noção, pois o preconceito não é a única forma de expressão do racismo, como será apresentado no decorrer

[3] Apenas 5,65% se declaram negros, já brancos correspondem a 94,35%. Esses números podem ser conferidosno Portal do Conselho Nacional de Justiça. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-290921.pd f>

desta pesquisa.

O preconceito racial se exterioriza a partir de um juízo prévio baseado em estereótipos acerca de indivíduos pertencentes a um determinado grupo racializado, que poderá resultar ou não em práticas discriminatórias, e até mesmo em uma agressão. Além disso, o julgamento do indivíduo preconceituoso é em tal grau predeterminado que este não se afeta com a experiência vivida com o outro.

A discriminação segue uma lógica de hierarquização, tendo o poder como principal requisito, sendo suscetível de ocorrer em todos os âmbitos da vida social, seja no acesso à educação, à moradia, à saúde, à justiça, ao emprego, dentre outros direitos sociais fundamentais. Segundo Almeida (2020) a discriminação poderá ser direta, manifestando-se no repúdio ostensivo a indivíduos ou grupos por questões raciais, ou indireta que ocorre num processo de ignorar situações específicas de grupos minoritários, impondo regras de "neutralidade racial". Essa definição se aproxima da concepção do racismo institucional em razão do seu caráter sistêmico.

Ainda, acrescenta-se que a discriminação pode ser negativa ou positiva, será negativa quando causar prejuízos e desvantagens a determinado indivíduo ou grupo racializado, assim como será positiva aquela que estabelece tratamento diferenciado visando corrigir ou compensar as desigualdades, como por exemplo, nas políticas de ação afirmativa.

Outra forma de expressão, que denota tanto um processo quanto um resultado é a segregação racial, que nada mais é do que uma divisão geográfica de raças. Mantendo a distância de determinado grupo racializado, em espaços que lhe são propriamente reservados, através de processos econômicos, sociais, e ainda políticos, a exemplo como ocorre nas periferias.

Apesar de todos esses conceitos estarem interligados, ambos estão estruturados no meio social, implementado de formas distintas nas sociedades causando efeitos diversos, e, portanto, não se confundem como fenômenos diversos do racismo, mas apresentam-se como formas de expressões deste.

## 2.2 CONCEPÇÃO ESTRUTURAL DO RACISMO

A noção de racismo estrutural faz parte da evolução histórica-conceitual deste

fenômeno, é trazido e sublimemente explanado por Silvio de Almeida em sua obra Racismo Estrutural. De forma didática, o autor classifica o racismo em três concepções: individualista, institucional e estrutural. Partindo dos critérios da relação entre racismo e subjetividade (individualista); racismo e Estado (institucional); racismo e economia (estrutural).

Essa divisão permite ao leitor compreender o racismo como fenômeno único, que se expressa de diferentes formas na sociedade, dar-se uma importância à análise específica do racismo a partir da sua concepção estrutural tendo em vista a sua relação com a economia, capaz de gerar efeitos mais danosos que ações individualizadas, como será demonstrado.

É importante ressaltar que o autor difere os termos institucional e estrutural, diferente da grande parte da literatura sobre a temática que utilizam esses termos sem distinção, considerando que na sociologia ambos os termos são fenômenos sociológicos distintos. Assim, segundo Almeida (2020), os termos "institucional" e "estrutural" representam dimensões específicas do racismo, com impactos significativos analíticos e políticos.

Vimos que a concepção individualista do racismo corresponde a ações individualizadas de grupos e indivíduos racistas, assim como a concepção institucional do racismo correspondente às ações do Estado que conferem a manutenção de práticas discriminatórias e a naturalização das desigualdades através do poder exercido por grupos que detém o domínio político e econômico da sociedade. Ao analisar esta última, consideramos que as instituições são responsáveis por normas e padrões de ordem social.

Ao afirmar que as instituições são responsáveis por normas e padrões de ordem social, podemos dizer que essas instituições estão intimamente ligadas há uma estrutura social preexistente, concluindo que "se há instituições cujos padrões de funcionamento redundam em regras que privilegiam determinados grupos raciais, é porque o racismo é parte da ordem social" (ALMEIDA, p. 47, 2020), é por essa razão que o racismo é sempre estrutural.

Essa estrutura social é fruto das relações da sociedade de modo que todas as práticas sociais, positivas ou negativas, serão reproduzidas pelas instituições e por ações individuais. Portanto, o racismo é criação dessa estrutura social. Refletir essas

relações sociais, sobretudo políticas, econômicas e jurídicas é o início de um debate que visa coibir as consequências do racismo estrutural. Em razão disso, Almeida (2020) divide essa análise em quatros elementos, tendo em vista que o racismo é um fenômeno social complexo, ele institui como imprescindíveis à compreensão do racismo estrutural a ideologia, a política, o direito e a economia. A partir desses quatro pilares da sociedade observa-se de que forma se manifesta estruturalmente o racismo.

A relação de racismo e ideologia trazido pelo autor nos mostra um parâmetro da forma em que naturalizamos o racismo em nossa sociedade, pois este fenômeno não depende de uma ação consciente para sua existência. Tendo em vista que "o racismo, enquanto processo político e histórico, é também um processo de constituição de subjetividade, de indivíduos cuja consciência e afetos estão de algum modo conectados com as práticas sociais" (ALMEIDA, p. 63, 2020).

Deste modo, segundo o autor, nossa relação com a vida social é mediada pelo imaginário que é refletido pelos meios de comunicação, pelo sistema educacional e pelo sistema de justiça em consonância com a realidade. Podemos observar essa relação quando a sociedade emprega termos racistas na maiorias das vezes inconsciente da ofensa, são exemplos a "cor do pecado" que é utilizado como elogio associado ao imaginário da mulher negra sensualizada, "a coisa tá preta" associando o "preto" há algo ruim ou uma situação desconfortável ou perigosa, dentre outras.[4] Ou quando reproduzido nas telenovelas, onde a doméstica na maioria das vezes é negra, é, pois, um complexo imaginário social da situação da negritude.

A relação de racismo e política se encontra no centro de poder exercido pelo Estado, "uma vez que o Estado é a forma política do mundo contemporâneo" (ALMEIDA, 2020, p. 87). Para compreender a dinâmica dessa relação, é necessário a compreensão da forma em que o poder político tomou forma de Estado, que se encontra no liame entre o Estado contemporâneo e as relações econômicas capitalistas. É nessa conexão de capitalismo e Estado, que este terá como função assegurar à liberdade individual, à igualdade formal e à propriedade privada.

Contudo, a sociedade capitalista naturalmente tende ao surgimentos de muitos conflitos de interesses, diante disso o Estado deve assumir o papel de garantidor da

[4] Conheça mais expressões racistas utilizadas sem que os indivíduos tenham consciência disso, no site <https://www.geledes.org.br/18-expressoes-racistas-que-voce-usa-sem-saber/>

ordem social, assumindo uma forma de controle burocrático e repressivo, através de mecanismos e práticas institucionalizadas de poder, pressupondo sua capacidade interventiva, para garantir a estabilidade política e econômica. O maior exemplo desse processo de resolução de conflitos de interesses é a institucionalização do Poder Judiciário.

Assim, baseado nas contribuições de Foucault e Mbembe, Almeida (2020) constata que o racismo é utilizado na sociedade capitalista como uma tecnologia de poder, no sentido de que a soberania estatal se concentra no poder de controlar, manter e prolongar a vida. De modo em que a saúde pública, a segurança pública, o saneamento básico dentre outros são exemplos do exercício do poder sobre a vida.[5] Deste modo, ao retirar essas condições básicas de determinado grupo, tira-se a vida deste, e é esse o principal papel do racismo: a aceitabilidade dessa condição na sociedade, naturalizando barbáries cometidas contra a negritude.

A relação entre direito e racismo está em grande parte ligada à concepção juspositivista do direito que defende a norma positivada pelo Estado, como já exposto, responsável por garantir a ordem social, e isso ocorre através das normas jurídicas positivadas. Pode-se dizer que essa concepção do direito como norma, relaciona-se com as noções de direito enquanto manifestação de poder e relações sociais. Pois, a efetividade da norma só se dá por uma imposição de poder, assim como só são formuladas a partir das relações estruturais sociais e econômicas.

Deste modo, "o direito faz parte da mesma estrutura social que reproduz o racismo enquanto prática política e como ideologia" (ALMEIDA, 2020, p. 140), bem como constitui "a forma mais eficiente de combate ao racismo, seja punindo criminal e civilmente os racistas, seja estruturando políticas públicas de promoção de igualdade" (ALMEIDA, 2020, p. 140).

O ponto principal da relação entre racismo e economia é a desigualdade, que por diversos teóricos afirma que a raça é um fator determinante da desigualdade econômica, e em razão disso foram criadas diversas teorias sobre a discriminação no âmbito da economia. A principal teoria a fim de mostrar a forma estrutural da relação racismo-economia é a *teoria da discriminação estatística* que, de acordo com

[5] Relação entre racismo, biopolítica e necropolítica, termos trazidos por Achille Mbembe e Michel Foucault, para saber mais recomenda-se a leitura das obras *Em defesa da sociedade* de Michel Foucault e *Necropolítica* de Achille Mbembe.

Almeida (2020), defende a desigualdade racial como fruto de decisões tomadas por agentes de mercado, baseados em preconceitos estabelecidos na sociedade.

Essa teoria observa o caráter sistêmico da discriminação, pois nesse modelo de sociedade capitalista vivemos sob a égide de um sistema que se baseia em preconceitos institucionalizados, alimentando um círculo vicioso do racismo. A maior contribuição das teorias neoclássicas está na atribuição da desigualdade racial "à insuficiência de informações disponíveis aos agentes econômicos ou à existência de obstáculos institucionais – políticos ou jurídicos – que impedem a tomada de decisões racionais destes mesmos agentes" (ALMEIDA, 2020, p. 164).

Por fim, sob o ponto de vista econômico-estrutural do racismo, Almeida (2020) contribui com duas conclusões, a primeira delas é que o racismo se revela de forma objetiva e subjetiva. Objetivamente "quando as políticas econômicas estabelecem privilégios para o grupo racial dominante ou prejudicam as minorias" (ALMEIDA, 2020, p. 170) e subjetivamente quando

> faz com que a pobreza seja ideologicamente incorporada quase que como uma condição 'biológica' de negros e indígenas, naturalizando a inserção no mercado de trabalho de grande parte das pessoas identificadas como estes grupos sociais com salários menores e condições de trabalho precárias. (ALMEIDA, 2020, p.172)

Em suma, a compreensão dos efeitos do racismo como estrutura social, abre as portas para debates mais consistentes que tragam como resultado ações, por parte das instituições estatais, efetivas de combate antirracista.

## 3 LEGISLAÇÃO PENAL ANTIRRACISTA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Finalizada a análise histórico-conceitual sobre o racismo, suas formas de expressão, bem como o exame de sua concepção estrutural, passamos a explorar a partir da evolução histórica de como esses conceitos foram integrados no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na legislação penal antirracista.

Em 1951, pouco depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi promulgado no Brasil a primeira lei com ênfase contra o racismo, a Lei nº 1.390/51 ou Lei Afonso Arinos, que incluiu como contravenção penal os atos resultantes de preconceito de raça ou de cor, fixando aos contraventores a pena de multa mais a

possibilidade de cumprir até um ano de prisão.

A criação da lei supracitada é impulso do deputado federal Afonso Arinos, que apresentou o projeto visando transformar determinadas práticas racistas em contravenção penal, em razão da denúncia de racismo feita pela dançarina e coreógrafa americana Katherine Dunham, que foi impedida de hospedar-se em um hotel em São Paulo por ser uma mulher negra.[6]

A repercussão do caso de racismo contra uma celebridade norte-americana fez com que a lei não apreciasse todos os aspectos do racismo estrutural no Brasil, apesar de ser considerado marcante na história da luta antirracismo no país. Além disso, o texto legal possui mais um conteúdo elitista do que uma preocupação real de combate antirracista, tendo em vista que, conforme disposto na legislação em comento, praticaria a contravenção penal o estabelecimento comercial ou de ensino que se recusar a hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno, por preconceito de raça ou de cor.

Assim, dada as circunstâncias das manifestações do racismo na sociedade brasileira a referida lei se mostra ineficaz por não contemplar como tipos penais todas as suas expressões, tornando-se impossível a aplicabilidade efetiva desta. Para além disso, o fato de estar incluída como uma contravenção penal, deslegitima os efeitos impetuosos do racismo na sociedade, pois a contravenção penal é considerada infração penal de menor gravidade.

Anos depois, em 1988, foi então promulgada a atual Constituição Federal do Brasil que em seu art. 5º garantiu que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, instituindo também que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, nos termos da lei, de modo a exigir regulamentação. Importante mencionar, que o Movimento Negro no Brasil contribuiu significativamente para a inclusão da criminalização do racismo na Carta Magna. O Movimento Negro Unificado no Brasil surgiu em 1978 como uma organização pioneira na luta do povo negro.[7]

> O fato de a racionalidade jurídica presente nas leis não ser eficaz no combate à discriminação significa que o racismo opera dentro das estruturas jurídicas, em igual

[6] WESTIN, Ricardo. **Brasil criou 1a lei antirracismo após hotel em SP negar hospedagem a dançarina negra americana**. 2020. Agência Senado. Disponível em:https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/brasil-criou-1a-lei-antirracismo-apos-hotel-e m-sp-negar-hospedagem-a-dancarina-negra-americana. Acesso em: 20 ago. 2021.

[7] Representa um marco histórico na luta contra a discriminação racial no País, para mais informações sobre o movimento acesse: https://mnu.org.br/mnu/

> medida a que opera na sociedade em uma análise geral. (PEREIRA, 2019, p. 39)

Não produzindo desta forma efeitos ao processo de enfrentamento ao racismo, mas contribuindo para a manutenção de práticas racistas. Apesar disso, um lado positivo dos textos legais criados, é que a temática do racismo avança em debates por todo o Estado brasileiro, reconhecendo-se oficialmente como uma problemática na sociedade que precisa ser combatida.

## 3.1 LEI 7.716/89 E INJÚRIA RACIAL

No ano seguinte a promulgação da Constituição, foi criada a Lei nº 7.716/89, mas conhecida como a Lei Caó ou como a Lei Antirracismo, resultado do projeto de lei do deputado Carlos Alberto Caó, que em sua redação original definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. É possível observar que na referida lei não há uma definição concreta do conceito de racismo, mas, há as ações de "impedir", "obstar", "negar" e "recusar" descritas no texto normativo que trazem referências à liberdade de ir e vir, ao trabalho, estudo e frequência em estabelecimentos públicos e privados.

Posteriormente, em 1997, foi publicada a Lei nº 9.459/97 que alterou os arts. 1º e 20º da Lei Caó que incluiu as expressões "discriminação", "etnia", "religião" ou "procedência nacional" como elementos do tipo penal. Além de introduzir ações como "praticar", "induzir" e "incitar". Estabelecendo pena de reclusão de um a três anos e multa. Ademais, acrescentou como crime a fabricação, comercialização, distribuição ou veículos de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propagandas que utilizassem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgar o nazismo.

Além disso, a referida lei, alterou o Código Penal Brasileiro acrescentando ao art. 140, o parágrafo que criou a figura da injúria racial, consistindo na utilização de elementos de raça, cor, etnia, religião ou origem, considerada como uma modalidade qualificada do crime de injúria simples, culminando em pena de reclusão de um a três anos de multa. A inclusão da injúria racial traz uma mudança significativa em termos práticos no sistema jurídico brasileiro, como bem acentua o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

> Esta figura típica foi introduzida pela Lei 9.459/97 com a finalidade de evitar as constantes absolvições que ocorriam quanto às pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei 7.716/89 (discriminação racial) porque não estavam praticando atos de segregação. Acabavam, quando muito, respondendo por injúria – a figura do caput deste artigo – e eram absolvidas por dizerem que estavam apenas expondo sua opinião acerca de determinado assunto. Assim, aquele que, atualmente, dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial, não podendo alegar que houve uma injúria simples, tampouco uma mera exposição do pensamento (como dizer que todo "judeu é corrupto" ou que "negros são desonestos"), uma vez que há limite para tal liberdade. Não se pode acolher a liberdade que fira direito alheio, que é, no caso, o direito à honra subjetiva. Do mesmo modo, quem simplesmente dirigir a terceiro palavras referentes a "raça", "cor", "etnia", "religião" ou "origem", com o intuito de ofender, responderá por injúria racial ou qualificada. (NUCCI, 2021, p. 695)

Isto porque, antes da vigência da Lei 9.459/97, determinadas ações individuais com conotação racista, apesar de possuir todas as características do racismo, não se dava o tratamento deste por não compor o rol das condutas tipificadas na Lei 7.716/89, o que ocorria é que essas ações individuais racistas eram desclassificadas para o crime de injúria simples, que por diversas vezes causou a absolvição dos acusados.

Ivair Augusto Alves dos Santos citado por Lima et al. (2017, p. 53) contribui com essa afirmação, mostra que

> Em diversas pesquisas já mencionadas e em depoimentos de militantes do movimento negro envolvidos em serviços de assistência jurídica, é recorrente a afirmação de que, por parte do Poder Judiciário, Ministério Público e delegados, a tendência é de desqualificar determinadas atitudes como não sendo crime de racismo tipificado na lei antidiscriminatória, transformando-as em injúria. Estabeleceu-se um padrão normativo em relação à maioria de casos de situações de práticas de racismo que tenderá a ser desclassificado de racismo para a injúria. (SANTOS, 2013 *apud* LIMA, 2017, p.53)

Diante dessa realidade, a figura da injúria racial obriga o sistema de justiça a dar o devido tratamento a essas ações individuais de racismo. Em 2015, o Superior Tribunal de Justiça julgou recurso de agravo regimental no recurso especial nº 686.965/DF que considerou a injúria racial imprescritível, considerando que tal conduta possui sentido de segregação, somando-se aquelas definidas na Lei 7.716/89, considerando que o rol desta não é taxativo. Assim, corrobora Nucci (2021):

> Da mesma forma que a Lei 7.716/89 estabelece várias figuras típicas de crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, não quer dizer, em nossa visão, que promova um rol exaustivo. Por isso, com o advento da Lei 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. (NUCCI, 2021, p. 695)

Ao analisar o acórdão supracitado, Cunha (2018) traz uma importante distinção acerca do crime de racismo e da injúria racial:

> A segregação ou a intenção de segregar que o racismo pressupõe é real, ou seja, utilizada com o intuito de criar, por meio de ações concretas, efetiva divisão dos cidadãos em categorias baseadas em preconceito de raça ou cor. Basta, para assim concluir, que sejam lidas as condutas tipificadas na Lei nº 7.716/89, que, quando não relacionadas diretamente ao impedimento de acesso a locais diversos (como os arts. 3º, 4º, 5º, 6º, entre outros), são relativas a atos que visam a produzir o mesmo efeito (como o art. 20, § 1º). Na injúria, de forma absolutamente diversa, a intenção é a ofensa moral, que, mesmo tendo como meio o abjeto preconceito de raça ou de cor, de nenhuma forma se equipara à conduta anterior. Ainda que neste caso se possa identificar, como menciona o acórdão, segregação, aqui o termo não tem, como no racismo, sentido literal. É evidente que se alguém profere uma ofensa utilizando elementos relativos à raça ou cor o faz convencido de que essa condição faz da vítima alguém menor, desigual, o que, de fato, evidencia um caráter segregativo. (CUNHA, 2018, p. 198)

Ao fazer essa distinção deixa uma crítica ao feito do Judiciário de igualar o crime de racismo e a injúria qualificada, inicialmente distintas pelo legislador, concluindo que se torna incoerente tratar como imprescritível a injúria qualificada tendo em vista que esta depende de representação da vítima, cuja inércia irá causar a decadência. A ação penal do crime de injúria racial era privada, com o advento da Lei 12.033/2009 passou a ser de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Cumpre destacar que os crimes descritos na Lei 7716/89 são de ação penal pública incondicionada.

Diante dessa problemática, cumpre mencionar o Projeto de Lei 3640/2015 que está em tramitação, visando alterar o §3º do art. 140 do Código Penal e acrescentar §5º ao art. 20 da Lei 7716/89, transferindo a conduta tipificada como crime de injúria racial no Código Penal para a lei que trata dos crimes de racismo, proposta do deputado Wadih Damous e deputada Benedita da Silva. Apontam que há uma divisão normativa entre os dispositivos em comento, que dificulta a responsabilização dos autores de crimes de racismo.

Assim, o objetivo do projeto está em sanar quaisquer dúvidas de interpretação e estabelecer um centro normativo único para os crimes de preconceito racial,

concluindo que aquele que ofende um indivíduo em razão de sua raça não é menos grave do que aquele que ofende a coletividade. Essa centralização dos crimes raciais em um só diploma legal contempla e faz cumprir o mandado constitucional de que racismo é crime inafiançável e imprescritível.

## 4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE E A QUESTÃO RACIAL

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, segundo Relatório da Justiça em Números de 2021 disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ[8], é considerado um tribunal de pequeno porte, que atualmente possui 250 magistrados e 4.061 servidores e auxiliares, além disso possui 95,8% de seus processos sendo eletrônicos.

O Conselho Nacional de Justiça em sua composição possui a Comissão Permanente de Democratização e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários, que tem por competência propor estudos que visem à democratização do acesso à Justiça e propor ações e projetos destinados ao combate de discriminação, do preconceito e de outras expressões de desigualdade.

Desta forma, foi elaborado relatório que desempenhou uma pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário.[9] O relatório traçou os perfis de magistrados(as), servidores(as) e estagiários(as), além das medidas tomadas para cumprir a Resolução CNJ nº 203/2015 e as atividades desenvolvidas pelas escolas de magistratura sobre o tema da igualdade racial nos tribunais de todo território brasileiro.

Segundo relatório, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte foi identificado que o percentual de negros(as) correspondia a 5,6%, também foi constatado que 13,8% dos servidores e 31% dos estagiários do tribunal são negros(as). Importa ressaltar que o percentual de pessoas com ausência de informação sobre raça no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, segundo relatório, corresponde a 5,3%, esse dado não foi retirado da pesquisa a fim de que a participação de brancos, negros, indígenas e amarelos possam ser adequadamente calculados.

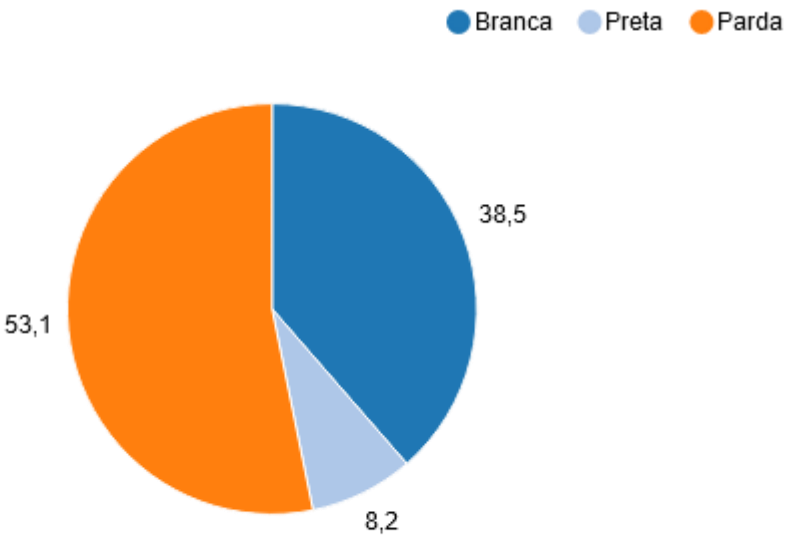
[8] Justiça em Números 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-051121.pdf
[9] Relatório de Pesquisa Sobre Negros e Negras no Poder Judiciário. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-290921.pdf

Insta destacar, que registros sobre perfil de raça/cor no padrão do IBGE não fazem parte da realidade dos tribunais, portanto, tem-se uma dificuldade no fornecimento de dados mais completos sobre a temática. Ademais, esse relatório acompanha um painel de avaliação da diversidade de raça/cor dos funcionários dos tribunais, permitindo uma visualização dinâmica para consultar as estatísticas apuradas na pesquisa.[10]

A baixa quantidade de pessoas negras no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, podem trazer diversas consequências ao combate do racismo, como bem salienta Lima (2017):

> Importante realçar que a baixa quantidade de pessoas negras em cargos importantes no poder Judiciário trazem consequências, dentre elas: i) não observância dos direitos da população negra; ii) redução das chances de decisões de combate ao racismo e a desigualdade social; iii) espaço de reprodução de privilégios e vantagens sociais. (LIMA, 2017, p. 75)

Imprescindível analisar esses dados em conjunto com as circunstâncias relativas à população negra no estado do Rio Grande do Norte. Vejamos:




Fonte: IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual - 1ª visita

O gráfico[11] diz respeito ao percentual da população residente do Estado do

[10] O painel está disponível em https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNzllMDI5NzMtNWEyYi00MTEwLWE1MzUtNTQxNmI1NDAwYTM5IiwidCI6ImFkOTE5MGU2LWM0NWQtNDYwMC1iYzVjLWVjYTU1NGNjZjQ5NyIsImMiOjJ9&pageName=ReportSection091e 0ba819fa7334c0a5

[11] Gráfico disponível em https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/pnadca/tabelas.

Rio Grande do Norte, por sexo segundo cor ou raça, atualizado de 6 de maio de 2020. Indispensável explicar, que de acordo com o IBGE, órgão responsável pelas pesquisas censitárias no Brasil, as categorias "preta" e "parda" são separadas, segundo manual próprio, com orientações para o censo de 2020.

Todavia, a Lei 12.288/20 que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, que segundo seu Art. 1º destina-se a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, bem como a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e todas as formas de intolerância étnica, considera a população negra como

> o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga. (BRASIL, 2010)

Assim, conclui-se que somando as porcentagens de pretos e pardos no Rio Grande do Norte, a população negra compõe a maioria da população norte-rio-grandense, correspondendo a 61,3%. Em uma população que a maioria de seus habitantes são negros, os papeis que estes ocupam nas instituições são absurdas, é possível observar de forma mais clara quando comparamos o percentual de negros numa instituição de influência e poder na sociedade como é o Poder Judiciário com o percentual de homicídios que é utilizado para medir a incidência de violência, onde o Estado do Rio Grande Norte é considerado um dos estados mais violentos contra a população negra.[12]Isso nos revela os racismo estrutural e institucional.

## 5 ACESSO À JUSTIÇA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DONORTE

No ano de 2020, foi publicado Anuário Brasileiro de Segurança Pública trazendo dados estáticos sobre crime e violência no país, dentre eles dados sobre racismo e discriminação[13]. Os dados foram reunidos a partir dos registros enviados pelas unidades da Federação referentes aos registros de crimes de injúria racial e crimes de racismo.

De acordo com o Anuário, o Estado do Rio Grande do Norte teve um aumento de

[12] Segundo os dados organizados no Atlas de Violência de 2020 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a taxa de homicídios mostra um índice de 71,6% de negros a cada 100 mil habitantes no Estado em 2018, considerando os óbitos e os indivíduos declarados como pardos e pretos, em comparação com não negros uma taxa de 16,5%. Disponível em https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020

[13]Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf.

61,1% no ano de 2019 em relação ao ano de 2018 nos registros de injúria racial, é um dos estados que mais se destaca no aumento desses registros entre os anos de 2018 e 2019. No que tange ao registro de crime de racismo, da aplicação da Lei 7.716/89, há registros apenas do ano de 2019, compondo uma taxa baixíssima.

Segundo o Anuário,

> O que os dados denotam é um grande abismo entre a constatação da existência e do aprofundamento do problema do racismo no Brasil e os registros das categorias criminais a ele concernentes, tanto por haver dificuldades no que diz respeito ao registro, dadas as dificuldades inerentes à prova do ocorrido por parte da vítima, o que desmotiva as queixas; quanto por haver, conforme expresso pelo baixo número de registros, expectativa negativa em relação à persecução penal dos agressores, imagem que é reforçada pelas diversas coberturas de casos de discriminação que ganham a mídia — muitos deles perpetrados por membros do próprio sistema de justiça — sem que haja a devida responsabilização dos agressores. (BRASIL, 2020, p. 110)

Assim, o racismo que nos é revelado por tantos indicadores sociais, desaparece quando se verifica as estatísticas de registros criminais. (BRASIL, 2020, p. 110). Mesmo sendo o acesso à justiça um dos princípios basilares da jurisdição, contemplado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 é sobretudo inacessível aos grupos sociais discriminados. Isso porque, além da perspectiva negativa sobre a persecução penal, Santos citado por Santos et al. (2013, p.86), corrobora:

> Os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades econômicas em reconhecer um problema que os afeta como sendo um problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar a reparação jurídica (SANTOS, 1983 apud SANTOS, 2013, p.86).

Assim, no contexto de acesso à justiça, após analisar a evolução legislativa antirracista que culminaram nas atuais legislações vigentes quais sejam a Lei nº 7.716/89 e a injúria racial inserida no art. 140 do Código Penal na forma da Lei nº 9.459/97, bem como analisar as circunstâncias relativas a população negra no Estado do Rio Grande do Norte, a composição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, se fez relevante analisar a jurisprudência do Tribunal acerca dos crimes raciais.

## 5.1 ANÁLISE A JURISPRUDÊNCIA ACERCA DE CRIMES RACIAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE

Inicialmente pretendeu-se pesquisar a aplicação da Lei nº 7.716/89 e o art. 140, §3º do Código Penal na forma da Lei nº 9.459/97 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. A coleta de dados deu-se através da consulta à jurisprudência disponibilizada na página do Tribunal para realização da análise do conteúdo das demandas judiciais, tendo em vista que a pesquisa no banco de jurisprudências é feita a partir dos termos utilizados na busca.

O recorte temporal pretendido era da vigência da Lei nº 7.716/89 até o ano de 2021, bem como a vigência da Lei nº 9.459/97 que criou a figura da injúria racial até o ano de 2021, porém só foram localizados processos do ano de 2019 a 2021.
Todavia, cumpre destacar que os processos eletrônicos foram instituídos no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte com a Resolução nº 27/2017-TJ, contudo, os processos criminais ainda estão em processo de ampliação do uso do PJe, pois só foram inseridos com a Portaria nº 424/2020-TJ em 29 de julho de 2020, o que acaba por dificultar a acessibilidade às demandas dessa natureza.

Para localização dessas demandas, buscando-se encontrar a aplicação dos textos legais supramencionados, foram utilizados os seguintes termos: i) racismo; ii) injúria racial; iii) injúria qualificada; iv) discriminação racial; v) preconceito racial. Ao realizar a pesquisa, foram identificados diversos processos que fazem menção aos termos pesquisados, essa ocorrência se dá porque ao fazer a busca da palavra, o sistema inclui na lista de processos encontrados todos os documentos que fazem menção ao termo pesquisado.
Todavia, nem todos os processos listados pelo site contém conteúdo sobre crimes raciais, além daqueles com aplicação do art. 140 do Código Penal não faziam distinção do tipo de injúria cometida. Para além das dificuldades supracitadas, os tribunais possuem uma espécie de cadastramentos dos casos que tramitam ou tramitaram em seu juízo, que nem todas as vezes permitirá precisamente a localização daqueles que se referem às práticas de racismo, e ainda, da elaboração dos relatórios sobre os casos de injúria, não fazem a distinção entre os tipos de injúria. (SANTOS, 2013 *apud* LIMA, 2017, p. 79)

Assim, após leitura e análise do conteúdo dos processos localizados, restaram 8 processos. Cumpre salientar que as informações disponibilizadas de cada

processo foram retiradas do site PJe Consulta Pública, e por isso algumas informações são limitadas.[14] A tabela abaixo contém informações dos processos localizados, estruturada com a numeração dos casos que serão analisados, o número do processo, a incidência penal e o ano de distribuição do processo.

| | Nº Processo | Incidência Penal | Ano |
|---|---|---|---|
| Caso nº 1 | 0804265-84.2020.8.20.5108 | Art. 20 da Lei nº 7.716/89 | 2020 |
| Caso nº 2 | 0800603-57.2021.8.20.5600 | Art. 140, §3º do CP | 2021 |
| Caso nº 3 | 0101170-86.2019.8.20.0011 | Art. 140, §3º do CP | 2021 |
| Caso nº 4 | 0100135-88.2019.8.20.0109 | Art. 140, §3º do CP | 2019 |
| Caso nº 5 | 0860642-08.2020.8.20.5001 | Art. 140, §3º do CP | 2021 |
| Caso nº 6 | 0802270-51.2020.8.20.5103 | Art. 140, §3º do CP | 2020 |
| Caso nº 7 | 0100841-40.2020.8.20.0011 | Art. 140, §3º do CP | 2021 |
| Caso nº 8 | 0820230-98.2021.8.20.5001 | Art. 140, §3º do CP | 2021 |

Fonte: Dados disponível no banco de jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

O Caso nº 1 foi o único processo localizado com a aplicação da Lei nº 7.716/89, trata-se de uma queixa-crime a qual os querelantes alegam, dentre outros crimes citados no processo, o crime de racismo de homofobia. Sobre o enquadramento das condutas de homofobia e transfobia na Lei nº 7.716/89 citou o magistrado que proferiu a decisão:

> Por sua vez, com relação aos crimes de racismo previsto na Lei n. 7.716/89 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), é bem verdade que o plenário do STF no julgamento da ADO n. 26/DF, de Relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, julgamento em 13/06/2019, (Data de Publicação: 06/10/2020) (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, reconheceu a que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia e determinou o enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme (que não se confunde com exegese fundada em analogia "in malam partem"), no conceito de racismo previstona lei nº 7.716/89.

Isto porque, a queixa-crime não pode ser promovida por essa peça inaugural, sendo cabível somente após inércia do Ministério Público, tendo em vista ser ação penal pública incondicionada, o que não houve no processo em questão. Apesar de não ter ênfase de preconceito de raça ou cor, optou-se por mencionar tal decisão por ser parte dos objetivos do presente trabalho mostrar a aplicação da referida lei.

[14] Pje Consulta Pública, disponível em:https://pje1g.tjrn.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam

É fato que uma das principais expressões de práticas racistas é a ofensa verbal, partindo-se da compreensão de que a expressão racista e o insulto racial é o ato de fala que tem por objetivo ofender a pessoa do ouvinte, optou-se por caracterizar as palavras raciais ofensivas extraídas dos processos analisados.[15]

Com exceção do Caso nº1 que trata do crime de racismo de homofobia, os outros autos referem-se à aplicação do art. 140, §3º do Código Penal na forma da Lei nº 9.459/97. Para configuração de tal prática delitiva é necessário que haja o *animus injuriandi*, isto é, que haja a intenção de ofender ou insultar, por ação, ou melhor, por palavras ofensivas ou por omissão, ignorando cumprimento, determinada pessoa ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro. (CUNHA, 2018, p. 194)

| | Classificação | Insulto Racial |
|---|---|---|
| Caso nº2 | Ofensa relacionada à moralidade sexual | "negra safada" |
| Caso nº3 | Ofensa relacionada à desumanização equiparando a vítima a animais | "rapariga", "safada", "macaca" |
| Caso nº4 | Ofensa relacionada à moralidade sexual | "nego safado" |
| Caso nº5 | Ofensa relacionada à desumanização equiparando a vítima a animais | "macaca" |
| Caso nº6 | Ofensa relacionada à moralidade sexual e aspecto religioso | "nega sem vergonha", "pomba gira" |
| Caso nº7 | Ofensa relacionada à moralidade | "negrinha mentirosa" |
| Caso nº8 | Ofensa relacionada à desumanização equiparando a vítima a animais e moralidade sexual | "negra", "puta","rapariga", "cão sem dono" |
| Fonte: Dados disponíveis nos autos dos processos | | |

Observa-se que nos Casos nº2, nº4, nº6, nº7 e nº8 também estão empregados insultos com referência pejorativa à cor, quando da utilização dos termos “negra”, “nego”, “nega” e “negrinha” acompanhada de outros elementos relacionadas à moralidade como no Caso nº7 e como nos casos nº2, nº3, nº4, nº6 e nº8 relacionadas à moralidade sexual, parecem demonstrar que tal condição se dá em razão da cor daquela pessoa a quem foi proferido tal insulto.

Além disso, nos casos nº3, nº5 e nº8 trazem ofensas à desumanização a partir do momento em que equipara a vítima a animais, não o reconhecendo enquanto o ser humano que é. Ademais, o termo “pomba gira” no caso nº6 chama atenção por estar

[15] Baseado na classificação dos insultos raciais na dissertação apresentada por Lúcia Maria Ribeiro de Lima em 2017, por título “A proteção às vítimas do crime de injúria racial no Tribunal de Justiça do Acre”.

relacionada ao aspecto religioso, que também se encontra no tipo penal do art. 140, §3º do Código Penal Brasileiro na forma da Lei nº 9.459/97. "Pomba gira" é conhecida como uma entidade espiritual da Ubamda, religião brasileira que traz elementos das religiões africanas e indígenas, e do Candomblé, religião afro-brasileira que traz cultos tradicionais africanos.

Assim, resta configurado a presença do *animus injuriandi* tendo em vista que tais insultos raciais ferem a honra subjetiva que é direito de todos, e certamente tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, de igual modo violam o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito.

Ademais, as ofensas raciais possuem um papel relevante na manutenção do racismo institucional, reforçando a hierarquia social e racial existente nas instituições de poder. Assim, torna-se indicativo de que, na existência de um conflito, a ordem normal é colocada de lado e as ofensas raciais são empregadas como recurso para relembrar o lugar social da outra pessoa, indicando que em razão disso essa está sempre errada na situação de conflito. (ÁVILA E ARAÚJO, 2017 *apud* LIMA, 2017)

Dentre as informações que foram possíveis ser extraídas dos processos, pode-se constatar que o Caso nº2 trata-se de um Auto de Prisão em Flagrante; os Casos nº3 e nº8 trata-se de uma Ação Penal ajuizada pelo Ministério Público; o Caso nº4 trata-se de um Acórdão; o Caso nº6 trata-se de Termo Circunstanciado de Ocorrência; e o Caso nº7 trata-se de Inquérito Policial. Ainda, cumpre mencionar, que os casos de nº4 e nº8 foram instruídos por Termo Circunstanciado de Ocorrência, e o caso nº3 instruído por Inquérito Policial.

No Caso nº2 a flagrada injuriou a vítima no interior da Delegacia de Polícia Civil da cidade de Jucurutu/RN, fato este que foi presenciado pelos policiais. Tendo sido liberada mediante o pagamento de fiança, no valor de R$367,00. A Representante Ministerial pugnou pela homologação do flagrante e ratificação da fiança arbitrada. Sendo homologado o flagrante e a ratificação da fiança, comunicando-se o teor desta decisão à autoridade policial e com ciência do Ministério Público. Após isso, os autos foram remetidos ao juízo competente, o processo encontra-se em tramitação.

Nos Casos nº3, nº6 e nº7 foi solicitada a remessa dos autos em razão do declínio de competência. No Caso nº3 a ação foi movida no Juízo da 7ª Vara Criminal

da Comarca de Natal, já nos casos nº6 e nº7 no Juizado Especial Criminal. A incompetência relatada no caso nº3 deu-se em razão da Resolução nº 3/2021-TJRN que alterou as competências das unidades jurisdicionais, cabendo à 16ª Vara Criminal da Comarca de Natal a competência para processar e julgar os crimes relativos aqueles resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Já nos casos nº6 e nº7, não obstante, ser o crime de injúria de competência do âmbito do Juizado Especial, a qualificadora do §3º eleva a gravidade do delito, cuja pena exorbita o limite estabelecido na Lei nº 9.099/95.

No Caso nº4 a jurisprudência encontrada no PJe Consulta Pública trata-se de um acórdão, vejamos:

> Apelação Criminal n° 0100135-88.2019.8.20.0109. Origem: Vara Única da Comarca de Acari/RN. Apelante: Ministério Público. Apelada: Sérgia Cristina Silva do Nascimento. Advogado: Dr. Flaci Costa Santos (OAB nº 12.810/RN) Relator: Desembargador Glauber Rêgo.
> EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). PEDIDO DE AFASTAMENTO DA DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA APELADA. ACOLHIMENTO. REGISTRO DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA SUFICIENTE PARA VALIDAR A REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. PRECEDENTES DO STJ. PLEITO DE CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS PELO CONTEXTO PROBATÓRIO. RECURSO
> CONHECIDO E PROVIDO. ACÓRDÃO Acordam os Desembargadores que integram a Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em consonância com o parecer da 1ª Procuradoria de Justiça, em conhecer e dar provimento ao recurso, para condenar Sérgia Cristina Silva do Nascimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

O processo tramitou no Juízo da Vara Única da Comarca de Acari/RN que prolatou sentença julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva veiculada pelo *parquet* que condenou a ré pelo delito tipificado no art. 331 do Código Penal e, ainda, absolveu-a da prática do delito tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal. Ocorre que a ré desacatou as vítimas que são policiais militares no exercício de suas funções, injuriando um deles ofendendo-lhe a dignidade e o decoro valendo-se de elementos referentes à sua raça.

O motivo utilizado para não condenação da ré ao ilícito da injúria racial é que em razão do art. 145, parágrafo único, do Código Penal estabelecer que o crime de injúria racial se procede mediante ação penal pública condicionada à representação, indicou que não houve manifestação da vítima o desejo de representar criminalmente

contra a acusada dentro do prazo legal, reconhecendo a decadência e extinguindo a punibilidade.

Todavia, a apelação criminal que culminou no referido acórdão, foi interposta pelo Ministério Público que pleiteou a condenação da ré pelo crime do art. 140, §3º do Código Penal, afastou o entendimento do juiz natural.

> O Tribunal da Cidadania entende que: *"a representação no caso dos crimes de ação penal pública condicionada não exige maiores formalidades, sendo suficiente demonstração inequívoca por parte da vítima no seu interesse em levar adiante a persecução penal"* (RHC 113.461/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 07/08/2019).
> Na espécie, observo que, em 16 de julho de 2017, o ofendido, no boletim de ocorrência (Id. 7922967- fls. 02/03), manifestou a intenção na apuração do delito de injúria racial que sofreu; na ocasião, comunicou as ofensas contra ele irrogadas.
> Desse modo, o documento supracitado (boletim de ocorrência de Id. 7922967- fls. 02/03) é suficiente para validar a representação da vítima, visto que ele evidencia, de forma inequívoca, a intenção do ofendido de que seja apurada e processada a infração penal em análise.

Razão esta que ensejou a condenação da ré, ao qual no final da dosimetria da pena, foi aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, e a substituição da pena de reclusão por duas penas restritivas de direitos, a cargo do Juízo da Vara de Execuções Penais.

No Caso nº5 o Inquérito Policial foi instaurado a fim de apurar a suposta prática do crime de injúria racial constando que a investigada teria feito postagem em rede social (Facebook) ofensiva à honra da suposta vítima, nos seguintes termos: *"Como assim Brasil? A pessoa manda a indireta pra uma macaca e o zoológico inteiro toma as dores"*. Nos autos constam o Boletim de Ocorrência e representação proposta, na qual a vítima detalha cenário conflituoso que mantém com seu ex companheiro e atual companheiro da investigada, argumentando a ofendida que o dito contexto culminou levando-a à conclusão de que a referenciada postagem ofensiva foi dirigida contra sua pessoa.

Os autos foram então remetidos ao Ministério Público que, em contrapartida, ajuizou petitório pelo qual pugnou pelo arquivamento do procedimento. A questão é que a apuração desenvolvida pelo Delegado que presidiu o procedimento não logrou demonstrar que a postagem ofensiva confessadamente realizada pela autuada foi direcionada à ofendida em questão, tendo a investigada apresentado bem plausível alegação de que, em verdade, a malfadada publicação dirigiu-se à atual companheira

de seu ex-companheiro. Por ocasião, fora determinado o arquivamentodos autos.

O Caso nº8 trata-se de uma Ação Penal promovida pelo Ministério Público em que a denunciada agrediu uma das vítimas e a injuriou, além de injuriar outra vítima valendo-se de elementos de raça, constando da peça acusatória que no momento dos fatos, a denunciada estaria se envolvendo em outra confusão com terceiros, ocasião em que uma das vítimas passa a filmar o ocorrido, o que motivou a agressão. Restou provada na instrução criminal que a acusada havia cometido os delitos imputados a esta, razão pela qual foi julgada procedente a pretensão punitiva contida na denúncia. Finda a dosimetria da pena, foi substituída a pena privativa de liberdade aplicada à ré por duas penas restritivas de direitos, a cargo do Juízo da Vara de Execuções Penais.

## 6 CONCLUSÃO

É inegável a presença do racismo institucional e estrutural em toda a sociedade brasileira, que ocorre ao longo da sua história de diversas formas. Suas expressões e seu alcance vão além daquelas descritas na legislação pátria do país. Todavia, a prestação jurisdicional que visa coibir ações sejam individuais ou de grupo, realçam o compromisso em combater práticas racistas.

É certo que há uma grande dificuldade em todo o Poder Judiciário brasileiro na aplicação da legislação penal antirracista, tendo em vista o conceito da criminalização do racismo adotado na Lei nº 7.716/89 que afastou ações individuais, o que tornou necessário a criação da injúria racial pela Lei nº 9.459/97 acrescentando o §3º ao art. 140 do Código Penal.

Dos 8 processos analisados podemos perceber que as práticas racistas se expressão em ações individuais através de um ato verbal, ainda, os dados estatísticos levantados apontam para o aumento de registros criminais sobre de injúria racial, o mesmo não ocorre com o racismo, não porque este não exista, mas pelos desafios encontrados na aplicação dos mandados legislativos de criminalização dessas práticas.

Além disso, no Sistema de Justiça do Rio Grande do Norte, nota-se uma confusão quando da instrução dos processos, dos 8 processos analisados, 3 eram instruídos por Inquérito Policial e 3 instruídos por Termo Circunstanciado de Ocorrência. Ocorre que este último é destinado a apuração de infrações de menor

potencial ofensivo, devendo ser encaminhado ao Juizado Especial, levando assim a remessa dos autos ao juízo incompetente, o que resulta na retardação da prestação jurisdicional além de favorecer a impunidade.

Ademais, a baixa quantidade de negros que compõe o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte tende a invisibilizar os direitos dessa população, tornando-se um espaço de reprodução de práticas racistas, fazendo com que não haja uma promoção as questões das diversidades raciais.

Assim, diante dos dados levantados neste trabalho, fica comprovado a existência do racismo institucional e como este se materializa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, deste modo devendo agir a fim de impedir os efeitos do racismo institucional em sua instituição.

Isso poderá ser feito a partir da adoção de ações afirmativas que visem a inclusão social fazendo assim diminuir a discrepância de negros e brancos na composição do Tribunal, como a utilização de cotas raciais quanto aos processos seletivos para magistrados, servidores e estagiários. Bem como o emprego de campanhas e ações que envolvam todos os órgãos do sistema penal do Estado visando aperfeiçoar os mecanismos de aplicação da legislação antirracista.

A aprovação do Projeto 3.640/2015 unificando práticas racistas em um único texto normativo sanaria os problemas relativos à aplicação da legislação antirracista. Enquanto isso não ocorre, criar um padrão de registro dessas demandas fazendo a distinção da injúria, facilitaria a questão da acessibilidade. Além de realizar campanhas com a participação da população que esclareçam que esses insultos raciais é um problema jurídico. Ademais, quanto à instrução criminal seria interessante a capacitação do órgão que recebe essa demanda para evitar que os processos sejam remetidos a um juízo incompetente.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020. 264 p. (Feminismos Plurais/coordenação Djamila Ribeiro)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 set.2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14. set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2020.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 04 out. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 1024 p.

DANIN, Renata Almeida. A construção do racismo institucional sistêmico e seu reflexo na segurança pública brasileira: uma abordagem sociológica. **Revista Direitos, Trabalho e Política Social**, Cuiabá, v. 4, n. 7, p. 141-164, jun. 2018. Disponível em: Acesso em: 11 set. 2020.

GONÇALVES, Vanessa Chiari; MORAES, Marcia Elayne Berbich de. A TIPIFICAÇÃO PENAL DO PRECONCEITO RACIAL NO BRASIL. In: VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 7., 2017, Braga, Portugal. **Anais [...].** Florianópolis, Sc: Organização Conpedi/ Uminho, 2017. p. 93-111. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz. Acesso em: 24 ago. 2020.

LIMA, Lúcia Maria Ribeiro de. **A proteção às vítimas do crime de injúria racial no Tribunal de Justiça do Acre.** 2017. 131 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/31230. Acesso em: 16 ago. 2020.

GRIN, Monica; MAIO, Marcos Chor. O antirracismo da ordem no pensamento de Afonso Arinos de Melo Franco. **Topoi**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 26, p. 33-45, jan/jul. 2013. Disponível em: https://revistatopoi.org/site/. Acesso em: 20 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. 1528 p.

PEREIRA, Fernanda Estanislau Alves. **COMBATE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL EA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**: o movimento de uma racionalidade jurídica. 2019. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração: Direito, Constituição e Ordens Jurídicas, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/40379. Acesso em: 24. ago. 2020.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos humanos e as práticas de racismo**. Brasília: Edições Câmara, 2013. 298 p. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/gestao-na-camara-dos-deputados/responsabilidade-social-e-ambiental/pro-equidade/publicacoes/livro-direitos-humanos-e-as-praticas-de-racismo. Acesso em: 16 out. 2021.

WIEVIORKA, Michel. **O racismo, uma introdução.** São Paulo: Editora Perspectiva, 2007. 168 p. [Tradução por Fany Kon] Debates; 308 / dirigida por J. Guinsburg.

# **REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS FACE AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:** O DIREITO EM PERSPECTIVA SOB O VIÉS DEMEDIDAS ESTRUTURANTES

Fernando José Quintaneira Ferreira[1]
Walber Cunha Lima[2]

**RESUMO**

Após a realização de levantamento conceitual do que vem a ser processos estruturais e suas nuances, é feita uma análise das possibilidades de aplicação do processo estrutural - no sistema judiciário brasileiro - por meio do diálogo entre casos práticos de litígios estruturais, técnicas de resolução estruturantes, o Código de Processo Civil Brasileiro (CPC/15) e o Projeto de Lei que versa sobre o tema.

**Palavras-chave:** Processo estrutural. Processo civil. CPC/15. Ativismo Judicial

**REFLECTIONS ON THE APPLICATION OF STRUCTURAL PROCESSES FACING THE CIVIL PROCESS CODE:** THE LAW IN PERSPECTIVE UNDER THE BIAS OF STRUCTURING MEASURES

**ABSTRACT**

After conducting a conceptual survey of structural processes and their nuances, an analysis of the possibilities of applying the structural process in the Brazilian judicial system is carried out through the dialogue between practical cases of structural disputes, structural resolution techniques, the Code of Brazilian Civil Procedure (CPC/15) and the Bills dealingwith the subject.

[1] Discente do oitavo período do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: fjqferreira@hotmail.com.
[2] Professor-orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do CentroUniversitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br.

**Keywords:** Structural process. Civil Procedure. CPC/15. Judicial activism.

## 1 INTRODUÇÃO

Casos de litígios estruturais têm crescido de forma considerável, no território nacional. Desde ações referentes à mitigação climática[3], às demandas envolvendo medidas de melhoramento na campanha contra o COVID-19 em tribos indígenas[4], como o plano de barreias sanitárias, decidida – recentemente - pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

O problema estrutural é aquele em que uma entidade pública ou privada possui uma estrutura adoentada – enraizada, e que precisa de uma intervenção para que possa agir de forma a colocar aquela situação de desconformidade continuada no seu estado ideal - estruturando aquilo que era um problema institucional.

A relevância social está no fato de haver uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais, além de um respeito ao contraditório e ao devido processo legal. Já a relevância jurídica se entende na resolução mais efetiva de demandas complexas, uma vez que, quando efetivado o planejamento estrutural, o problema inicial não voltará mais a ocorrer, já que a decisão estrutural age no centro da ação.

Dessa feita, o processo estrutural aparece como uma ferramenta para (re)estruturar o cerne do problema e, através da decisão estrutural, reformar a entidade adoentada apresentada no litígio. Muito é dito que o processo estrutural deve ter uma legislação própria, no entanto, alguns acreditam que essa demanda estrutural deve se adequar ao Código de Processo Civil de 2015[5] (2015).

[3] Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 60), onde o Governo Federal responde por não adotar as medidas cabíveis para o funcionamento do Fundo Nacional Sobre Mudança do Clima (Fundo Clima), que fora paralisado desde 2019. Nesta senda, o Governo Federal estaria indo contra a própria Constituição Federal (art. 225) em não preservar o meio ambiente. Portanto, fora apresentada uma inicial descrevendo um quadro completamente inconstitucional no funcionamento do referido instrumento de Política Nacional – tais como a redução dos orçamentos e dotações relacionadas ao controle do desmatamento e ao fomento de formas sustentáveis de produção, por exemplo - fazendo com que o próprio Rel. Min. Luís Roberto Barroso categorizasse a necessidade de providências de natureza estrutural, vide a decisão publicada no DJe-165 em 01/07/2020.

[4] Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 (ADPF 709 MC/DF), tendo como requerentes a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, o objeto da ação diz respeito ao completo descaso da União com as tribos indígenas durante a pandemia do COVID-19. O Rel. Min. Luis Roberto Barroso, em seu voto, pontua que as diretrizes utilizadas para a sua decisão foram: (1) os princípios da precaução à vida e à saúde; (2) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (3) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda a questão que envolva os direitos de povos indígenas, publicada DJe-84 em 04/05/2021.

[5] Como as citações da Constituição Federal, dos Códigos e Leis serão recorrentes ao longo do presenteartigo, referenciam-se em sua primeira citação.

Através da pesquisa bibliográfica e documental o presente artigo tem como escopo dissecar o processo estrutural e descobrir como ele se enquadra dentro da legislação brasileira. Desse modo, a análise parte da aplicação do método de abordagem hipotético- dedutivo, para reconhecer ou não a eficácia e utilização dentro do CPC/15 (Código de Processo Civil de 2015) do processo estrutural e método tipológico no procedimento, uma vez que diversas amostragens serão observadas para encontrar a resposta dos objetivos traçados.

## 2. PROCESSOS ESTRUTURAIS: UM BREVE RECORTE SOBRE SEU OBJETO E NATUREZA JURÍDICA

O Direito Processual Civil está em exponencial desenvolvimento e tem sido reformulado constantemente. O salto dado, por exemplo, do Código de Processo Civil de 1973 (1973) para o novo CPC/15 demonstra que o tecnicismo jurídico, muitas vezes, é contrário aos ideais do devido processo legal e, com a ascensão do processo dialogado, pautado na expansão do princípio do contraditório e a cooperatividade entre as partes, há a possibilidade da verdadeira busca pela tutela jurisdicional.

Desse modo, fazendo uma leitura da quebra do paradigma do processualismo clássico, o direito não é mais visto apenas como um conjunto de comandos e de vedações (MARINONI, 2017). Não há mais como concentrar o monopólio das resoluções de lide nas mãos do Estado, pois o avanço dos meios de superação de conflitos por vias extrajudiciais - autotutela, mediação, conciliação e arbitragem - perfazem a vivência jurídica atual.

Outrossim, o Direito Processual Civil pós-CPC/15 celebra a verdadeira democracia, ainda que se tratando de heterocomposição, pois o papel do juiz não é mais o de soberano, afinal, as partes não apenas demonstram o seu entendimento acerca da matéria da demanda, mas também possuem o poder de influenciar diretamente nas etapas processuais – e esse fato, onde há uma postura isonômica entre todos os agentes processuais (art. 6° do CPC/15), não tem correspondente no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).

Nessa perspectiva, encontra-se o crescimento de diversas modalidades para litigar na justiça, sejam elas judiciais ou extrajudiciais, e dentre elas está o objeto de

estudo do presente artigo – o processo estrutural, que não possui nenhuma previsão expressa no CPC/15 e, igualmente, carece de lei específica que o conduza.

Desde logo é elementar frisar que - independentemente de haver um cenário mais favorável para a aplicação das demandas estruturais nos dias de hoje - fala-se e, principalmente, atua-se em processos de cunho estrutural de longa data. Entretanto, não havia o estudo e a atenção que o assunto merece ter e, consequentemente, carecia de uma aplicação determinante dessa complexa ferramenta processual, o que tem mudado através do trabalho conjunto de especialistas no assunto como Marco Félix Jobim, Sérgio Cruz Arenhart, Fredie Didier Jr, Edilson Vitorelli e Hermes Zanetti Jr, por exemplo.

Isso posto, para um melhor entendimento acerca da aplicabilidade dessa forma de se buscar a justiça, tomando como base os principais entendimentos acadêmicos, é mister realizar, preliminarmente, um apanhado histórico, bem como a chegada desta modalidade processual em âmbito nacional. Da mesma maneira que é fundamental traçar um marco teórico conceitual sobre o que vem a ser os processos estruturais.

## 2.1 CASO BROWN *V*. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA E O PIONEIRISMO JURÍDICO

Para começar a compreender e estudar o tema *processo estrutural*, torna-se necessário fazer uma construção de conceitos progressivos, desde a concepção dos litígiosestruturais, até a aplicação nos dias de hoje.

Dessa feita, todo esse estudo sobre processos estruturais teve seu início, segundo Owen Fiss (1979, p.1-58), com a *adjudication* (novo modelo de jurisdição) no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* em 1954, onde a *structural reform* realizada pela Suprema Corte Norte-Americana se deu na percepção de que era inconstitucional o sistema de segregação racial nas escolas públicas americanas e que seria necessária toda uma reforma na estrutura enraizada do sistema educacional público. Como é reforçado por Arenhart e Jobim (2021, p. 111, tradução própria)[6]:

[6] Nas palavras do autor: Ésta había adquirido una especial importancia en la vida democrática norte americana, la que no tenía al momento en que la regla "separados pero iguales" cobro legitimidad. [...] Con este argumento, la Corte empezó a definir los hechos relevantes del caso. Cuál ingeniero de materiales, que empieza a proyectar la estructura de cada ladrillo para conseguir un conjunto específico de propriedades, así la corte moldeó en su evaluación de los hechos cada uno de los elementos relevantes de juicio.

> Esta (decisão) havia adquirido uma importância especial na vida da democracia Norte-Americana, onde o que faltava no momento da regra de "separados, porém iguais" ganhava legitimidade. [...] Com esse argumento, a Suprema Corte começou a definir os atos relevantes do caso. Como um engenheiro de materiais, que começa a projetar a estrutura de cada tijolo para atingir um conjunto específico de propriedades, desta forma a Corte moldou sua avaliação dos fatos de cada um doselementos relevantes do julgamento.

Ocorre que, a situação enfrentada por Linda Brown, que era impedida de frequentar a escola próxima à sua casa por ser um local dedicado tão somente a pessoas brancas, não era visto como inconstitucional. Em decisão da mesma Suprema Corte americana cinquenta e oito anos antes, no caso *Plessy v. Fergunson*[7]*,* as diretrizes segregatórias tornaram-se não apenas aceitáveis, mas constitucionais.

Essa mentalidade de "separados, mas iguais" se enraizou de tal modo que a segregação, nos trasportes públicos, se tornaram apenas a "ponta do iceberg" e para modificar esta situação que perdurara cinquenta e oito anos, era importante que a sociedade americana fizesse uma reflexão sobre dois principais pontos: (1) as suas bases culturais, com elevado grau de abominações e racismo estrutural; e (2) a execução correta da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, adotada vinte e oito anos antes da decisão do caso *Plessy v. Fergunson*, que previa a igualdade e proteção aos cidadãos sem qualquer dististinção.

Findou-se que em 1954, com o supracitado caso *Brown,* como bem define Bauermann (2012), em que o apelo de Linda Brown para frequentar a escola dada como exclusiva de pessoas brancas não se tratava de uma indenização, meramente por discriminação, mas de tomada de iniciativa para erradicar o mal que a atacava – o ideal de"separados, mas iguais".

Desse modo, o que classificou o caso supracitado da Suprema Corte norte-americana como um problema estrutural foi justamente a existência de um estado de desconformidade continuada, que feria diretamente a Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, onde uma estrutura burocrática adoentada – o sistema dual de escolas, separadas para negros e brancos – se (re) estrutura em

[7] A segregação racial tomava conta dos Estados Unidos da América e era inconcebível que negros e brancos utilizassem o mesmo vagão de ônibus, por conta da *Louisiana's Separate Car Act,* fazendo com que os negros pudessem utilizar apenas a parte traseira dos transportes públicos. Homer Plessy cidadão estadunidense classificado como "7/8 branco", desafiara este sistema e figurou no caso *Plessy v. Fergunson (1896),* que acabou por legalizar o ideal de *separate but equal*, através da aplicação das Jim Crow Laws, como aduz Jobim (2021). Em outros termos, tornava-se constitucional a segregação racial.

um sistema unitário, não segregacionista, após um prolongado planejamento estrutural, como pontua Barros (2020).

Esse planejamento estrutural se deu na forma de delegar funções aos juizes de primeiro grau, para que se espalhassem por todos os estados esse "remédio constitucional"que acabaria com a ideia de que a segregação racial era constitucional.

Todavia, o caso Brown causou total antipatia, na sociedade estadunidense, pois, "enfrentar uma cultura mais que centenária numa sociedade não é algo que possa realizar naturalmente" (Jobim, 2021, p. 866). Por conta disso, a Suprema Corte americana não somente estabeleceu diretrizes para os juízes de primeiro grau, mas revisitou a temática em 1955 com o caso *Brown II* para trabalhar com as resistências oferecidas na implantação das mudanças estruturais e fiscalizar o avanço das medidas anteriormente fundadas.

Dessa forma, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* realmente trouxe uma inovação jurisdicional para a sociedade americana e para todo o resto do mundo, que passou a observar as demandas estruturais com maiores detalhes. De tal modo que, conforme entendimento de Bauermann (2012), o Judiciário, na figura da Suprema Corte Norte-Americana, reestruturou, com base constitucional, medidas que estavam em desconformidade continuada, dando um funcionamento correto às políticas públicas mal realizadas pelos governantes.

## 2.2 MARCO TEÓRICO CONCEITUAL SOBRE "PROCESSO ESTRUTURA

Ao se deparar com o termo "processo estrutural" muito se especula sobre o que vem a ser esta modalidade processual. No entanto, mister definir alguns conceitos basilares do entendimento jurídico para que possamos aprofundar o assunto tratado no presente artigo.

Não obstante, realizar esta conceituação não é uma tarefa simples, visto que até mesmo os estudiosos do assunto não chegam a uma definição universal sobre quais as principais características – essenciais ou dispensáveis – que permeiam as demandas estruturais.

O que se sabe, e nisso todos concordam, é que o processo estrutural advém de um problema estrutural, que Didier (2021) julga ser de categoria sociológica, em que o

plano de fatos se encontra em um estado de desconformidade continuada. Nessa perspectiva, o problema estrutural apontado denota o litígio estrutural, ao passo em que a entidade pública ou privada que se encontra com uma violação sucessiva em seu campo específico de atuação, acaba por constituir práticas inconstitucionais, que só poderão ser resolvidas, de forma consolidada, através de uma remodelagem via decisão estrutural.

Em outros termos, há um entendimento progressivo que se separa em: (1) o problema estrutural, que é a situação em que o objeto encontra-se em completa ilicitude permamente e constante – sem necessariamente alicerçar em um ato ilícito, como aduz Didier, Zaneti e Oliveira (2020, p. 2), mas torna-se imperioso uma reorganização para que o contexto encontre o estado ideal de funcionamento; (2) o litígio estrutural, ao relacionar o problema estrutural a um instituição pública ou privada que é a responsável pelo ato inconstitucional do caso concreto; (3) o processo estrutural, sendo a ferramenta jurídica constitucional, que serve para reparar a medula do problema estrutural, de modo que não volte a acontecer; e (4) a decisão estrutural, momento ao qual se traça as estratégias que vão sanar os problemas apresentados pelo litígio.

Nessa esteira, é significativo entender que durante a graduação, o discente se depara com matérias iniciais, do mesmo modo que "estruturais" no sentido de que montam toda uma base técnica para a elaboração do bom aplicador do direito. Assim, resgatando a Teoria Geral do Processo têm-se o ensinamento de que o processo não é a finalidade, massim um meio para se chegar na tutela do direito pleiteado.

Em síntese, o processo é uma ferramenta, uma técnica utilizada para se chegar até o judiciário de forma a litigar, com os dois polos da demanda como partes em busca de uma tutela de direitos – gerando, ao final, um precedente judicial. Este entendimento propedêutico é importantíssimo, pois, ao entender a eficácia e uso do "processo", fica de mais fácil absorção a modalidade estrutural.

### 2.2.1 Particularidades das demandas estruturais

Passemos a definir características essênciais para discernir o que seria uma demanda estrutural ou não. Segundo o estudo do tema, existem oito principais

pressupostos para se enquadrar em uma ação estrutural: a conflituosidade, o policêntrismo, a complexidade, a coletividade, a prospectividade, a flexibilidade procedimental, a consensualidade, e o fato de o processo instaurado advir de um litígio estrutural.

A primeira característica se dá em razão do extenso volume de participantes da demanda estrutural. Ou seja, quando se têm uma ação em que há diversos interesses em jogo, evidentemente não há como todos terem a tutela decidida a seu favor. Em outros termos, tudo dentro do processo influencia na tomada de decisões e se, segundo Vitorelli (2020), a intensidade do impacto do litígio atuar de diferentes formas sobre os indivíduos, o grau de conflituosidade dentro daquela sociedade será maior.

Todavia, enquanto a conflituosidade trata a respeito do grupo de indivíduos envolvidos na demanda, a complexidade é o termo utilizado para se referir ao elo entre o direito e a tutela do objeto do conflito em si – ou seja, o quão afetado pelo objeto da demanda cada sujeito pertencente ao litígio se encontra. Assim, a complexidade se dá no sentido de que o problema estrutural não possui apenas uma única espécie de resolução, pelo contrário, há uma diversidade de formas de se deliberar acerca do tema. O que auxilia na definição é o fato da demanda estrutural ser policêntrica.

É dito que há uma pluralidade de polos na demanda e, como exposto por Len Fuller (1978), é como se fosse uma grande teia de aranha onde em todos os fios há certa tensão e um único fio acarreta implicações a todos os outros. Assim sendo, em uma demanda com múltiplos polos há, por conseguinte, interesses heterogêneos aos quais não se confundem.

Dessa feita, por se tratar de um litígio plural, altamente descentralizado, há a incidência da complexidade, pois inúmeras formas distintas se mostram para a tentativa de se alcançar, na fase decisória, a tutela do direito pleiteado.

Diante de toda essa exposição, Silva Neto (2018) aduz que esta hipercomplexidade da demanda estrutural consiste justamente na impossibilidade de se compreender holisticamente, impossibilitando, inclusive, a tentativa de se prever os caminhos e comportamentos que ensejariam na resolução do problema – o que complicaria, por exemplo, para a aplicação da Teoria dos Jogos utilizada no processo

penal brasileiro em uma demanda estrutural, visto o altíssimo grau de complexidade e conflituosidade envolvidos.

A característica da coletividade provoca divergência doutrinária, visto que alguns especialistas não consideram como característica fundamental dos processos estruturais, enquanto outros asseveram que este traço é intrissicamente arrolado nessas demandas.

Fredie Didier Jr defende em todas as suas oportunidades de fala, por exemplo, que inexiste a obrigatoriedade da coletividade como característica essêncial dos processos estruturais por possuir demandas estruturais individuais, o que fica claro em seu artigo desenvolvido com Zaneti e Oliveira[8].

Apesar disso, Arenhart[9] traz em sua pesquisa o exemplo de uma ação de medicamentos onde um um sujeito pleiteia junto ao Judiciário um fármaco raro, com o custo financeiro elevado, utilizando-se como base argumentativa o direito constitucional à saúde. Nesse exemplo há um evidente caso de ação individual, no entanto, deve-se raciocinar o motivo pelo qual o Sistema Único de Saúde (SUS) não pode fornecer não só os tratamentos, mas também os fárcamos necessários para a obtenção da saúde a todos os cidadãos, como complementa Vitorelli (2020, p. 114). À vista disso, arremata Arenhart, que ainda que esta demanda individual pareça ter uma solução simples, não é o que se demonstra. Na realidade, "esse processo individual faz é ocultar o verdadeiro conflito: a política pública de saúde nacional".

Por outro lado, há de se destacar que uma das características mais importantes dos processos estruturais é a da prospectividade destas ações. Essa particularidade se dá no sentido de que as demandas de cunho estrutural não têm como objetivo tratar situações pretéritas, como afirma Arenhart (informação verbal)[10], muito menos resolver casos pontuais, mas implementar políticas públicas para estruturar a instituição responsável pela causa da ação para o futuro, de modo que o problema inicial não volte a ocorrer.

---

[8] DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo** - v. 303/2020, maio 2020., p.45 – 81. DTR/2020/6797.

[9] ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP docarvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 211-232, 2015, p. 212.

[10] Fala do professor Sérgio Cruz Arenhart no 1° Curso Online de Processo Estrutural realizado pela Escolade Estudos Superiores do MP/AESMP e pela Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos membros do Ministério Público, em 27 de julho de 2020 (acesso em 29 de março de 2021).

Nessa esteira, mister que exista alta mutabilidade procedimental, pois é impossível estipular todos os pormenores, ao longo de todo o período de tramitação do processo estrutural. Em verdade, sem que haja flexibilidade metodológica e prática, torna-se inviável o prosseguimento do feito estrutural - fato evidenciado pela possibilidade, inclusive, de mudança do próprio objeto da ação durante o processo. Afinal, o processo é meramente uma ferramenta e o objetivo central da ação estrutural é o de extrair o melhor rendimento possível e honrar com o princípio da primazia do julgamento de mérito.

Verifica-se, ainda, que para se chegar em uma efetiva decisão estrutural, é indispensável que durante todas as fases processuais se trabalhe nos moldes da via dialogal. Os processos estruturais existem para que o princípio do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, o da cooperatividade imperem. A esse respeito, Arenhart e Jobim(2021, p. 1096) são categóricos ao afirmar:

> O processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debates, em que as várias posições e os vários interesses possam fazer-se ouvir e possam interferir na formação da solução jurisdicional. Se o judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação. Simulando o verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade judicial.

Partindo dessa premissa, a consensualidade move as demandas estruturais de forma que mesmo que existam soluções adstritas ao juiz, o ideal é que se tenha ampla conversa constitucional para se chegar em uma solução cabível.

Com efeito, aduz Barros (2020, p. 94 e 95) que "[...] exige-se de todos os sujeitos envolvidos no litígio um diálogo construtivo, contínuo e prospectivo a respeito de todas as nuances da controvérsia", até mesmo na ampla incidência de *amicus curiae.* Da mesma forma, necessita que ocorra o chamado diálogo institucional, onde os três Poderes devemempenhar-se em buscar a melhor deliberação possível.

Ademais, como dito outrora, para que se tenha uma demanda estrutural, torna-se necessário um litígio estrutural anterior ao processo que necessite de um apelo ao judiciáriopara a tutela de direitos.

### 2.2.2. Litígios estruturais em pauta

Segundo Cornelutti (apud Leite, 1970, 181), a lide é a pedra angular do direito, ao passo que constitui a realidade, instrumentalidade e a unidade do processo. O termo litígio aparece como conflito de ideias/interesses de dois polos da demanda que litigam cada umcom o seu próprio ponto de vista, buscando a satisfação decisória.

No que tange aos litígios estruturais, a lide é composta não apenas por "dois polos da demanda", mas envolve todo um grupo de pessoas que fazem parte de uma mesma sociedade.

Por conta disso, até mesmo pela evolução do direito processual, algumas medidas teóricas e aprofundamentos doutrinários, no que diz respeito ao direito processual coletivo, necessitaram de mudanças e alguns destes paradigmas foram quebrados, e os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são exemplos disso.

Tal entendimento teve origem no Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 81 (1990), ao definir que a defesa coletiva seria exercida em três modalidades: (1) os interesses difusos, na medida em que os titulares do direito transindividual em questão são pessoas indeterminadas, mas ligadas ao objeto da lide, como por exemplo o direito à um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que afeta a todos; (2) os coletivos em sentido estrito, em razão de o direito transindividual ter como titulares grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, tendo como exemplo os direitos coletivos dos trabalhadores de uma indústria; e (3) os individuais homogêneos, que são direitos não transindividuais e de origem comum, como pessoas que sofrem com cobrança indevida.

Após adaptar e retrabalhar em cima dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, Vitorelli (2020, pp. 32 - 46) classifica os litígios em três modalidades baseando-se nos critérios de conflituosidade e complexidade, quais sejam: (1) o litígio global, em que têm-se "situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa", sendo baixa a conflituosidade e tendo complexidade relativa, podendo ser alta ou baixa; (2) o litígio local, que "embora coletivo, atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de alterar

aspectos relevantes de sua vida", ou seja, o litígio em questão importa tanto no âmbito coletivo, quanto no individual; eno (3) litígio irradiado, por outro lado:

> A sociedade atingida é lesada de modos qualitativa e quantitativamente distintos entre os seus integrantes, dando origem a subgrupos que não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspetiva social e não serão atingidos, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. (VITORELLI, 2020, p. 37).

Verifica-se, assim, que os litígios irradiados são como diversos círculos interligados formando uma gigantesca espiral, onde o grau de conflituosidade e complexidade do núcleo são maiores. Porém, ainda que se trate das extremidades, há intereses envolvidos na demanda – consequentemente, a forma de se buscar a tutela do direito se torna também heterogênea.

Dito isso, levando em consideração o altíssimo grau de conflituosidade e complexidade, o litígio estrutural é uma modalidade de litígio irradiado, mas que possui um diferencial em relação à origem do problema ser de uma entidade burocrática – pública ou privada – e que sua resolução não permite que o problema volte a ocorrer, uma vez que a decisão estrutural atua no cerne da violação inicial. O processo estrutural serve, pois, para estruturar uma entidade que não possui o modo ideal de funcionamento. Nas palavras de Galdino (2020), estrutura é modo de se relacionar para que se possa alcançar o esperadodessa relação.

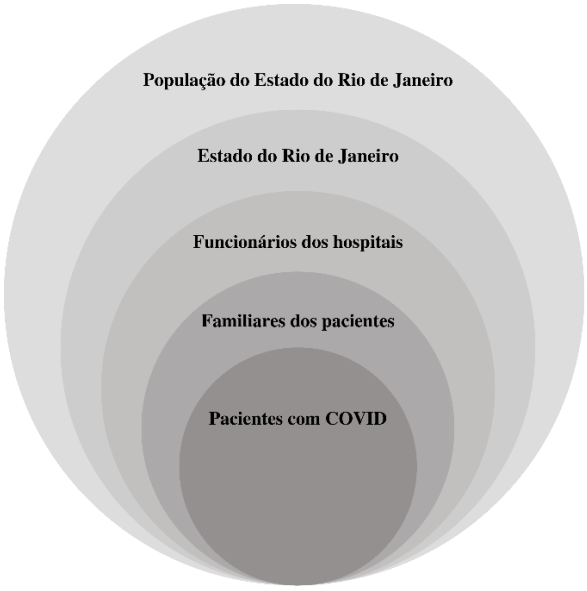
Essa modalidade de litigância aparece para efetivar a busca pela tutela de direitos e fazer com que problemas acessórios deixem de ocorrer. Para ilustrar, durante a pandemia global do COVID-19, o Estado do Rio de Janeiro em 2020 estava sobrecarregado ante as altas demandas hospitalares face à pandemia do COVID-19. Desse modo, o Estado teria que investir em mais leitos dentro dos hospitais, assim como a utilização de mais materiais e equipamentos médicos perdendo, porém, a eficácia no tratamento e, consequentemente, inviabilizando a progressão do tratamento.

Como forma de medida estruturante, o Estado do Rio de Janeiro abriu oito hospitais de campanha que foram instalados no Maracanã, Jacarepaguá, Leblon, Caxias, São Gonçalo, Campos, Casimiro de Abreu e no Complexo de Gericinó, agilizando o processo de enfrentamento contra o COVID-19.

Destarte, utilizando-se da ilustração de que os litígios irradiados são círculos

interligados e o caso concreto acima exposto, chega-se no diagrama abaixo disposto. Há pelo menos cinco polos de interesse na resolução do problema estrutural decorrente da ineficácia do combate ao COVID-19, sendo os pacientes sem leitos de hospital mais próximos do núcleo, ou seja, em que o grau de complexidade e conflituosidade é mais agressivo, e todo o resto da população do estado do Rio de Janeiro mais à extremidade, pois ainda que não estejam diretamente ligados ao caso em comento, estão sujeitos àquelas mesmas situações por fazerem parte do recorte societário que é o estado do Rio de Janeiro. Assim, caracteriza-se o presente litígio como irradiado, e, também, estrutural, dada a ineficácia das políticas públicas do Governo do Estado no combate ao COVID-19.

**Figura 1**. Diagrama do litígio irradiado no caso dos hospitais de campanha no Estado do Rio de Janeiro




**Fonte**: autoria própria, 2021.

### 2.2.3. Planejamento estrutural e suas modalidades de execução

Segundo Vitorelli (2020), nessa perspectiva, o que importa é a estrutura. Ou seja, caso a demanda tenha sucesso e a estrutura outrora adoentada seja efetivamente resolvida, os resultados se mostrarão, empiricamente, significativos, ao passo de que

se tentar resolver de forma paliativa, os problemas voltarão a causar prejuízos.

O processo estrutural é, portanto, um regime de transição entre um litígio em desconformidade com a situação reestruturada, como bem coloca Didier et al (2020) ao definir o procedimento processual estrutural como bifásico.

Nessa esteira, Vitorelli (2020, pp. 482 e 483) categoriza a reforma estrutural em cinco ciclos, cada qual com suas etapas específicas. Primeiro deve-se identificar as características do litígio estrutural e suas principais matérias, em que a causa de pedir e o pedido devem ser essencialmente de cunho estrutural (informação verbal)[11]. Após a caracterização do litígio, há o levantamento de possíveis estratégias para se conduzir a reforma, utilizando-se a ideia de mutabilidade procedimental e, principalmente, nos melhores meios de implementação de políticas públicas para o futuro, ligadas àquele problema estrutural específico.

O terceiro ciclo se depreende da elaboração de um plano de metas capaz de em um curto, médio e/ou longo prazo reorganizar a situação que ensejou na demanda estrutural. Nesse ponto, por exemplo, pode surgir a criação de comitês gestores e *claim resolution facilities*[12] ou até mesmo um interventor judicial, de modo a auxiliarem na condução das medidas estruturantes – a exemplo da criação da Fundação Renova em 2016, constituída para gerir e minimizar os danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG, como relembra Sérgio Cruz Arenhart (informação verbal)[13].

Outras técnicas que podem ser utilizadas nessa fase processual é a feitura de cronogramas com metas de implementação e delegação de função. Como referência prática pode-se dizer que no caso *Brown v. Board of Education of Topeka,* em que a Suprema Corte Norte-Americana não conseguiria reformar toda a sociedade estadunidense de súbito, dentro do cronograma e metas de implementação do sistema dual de escolas houve a contratação de professores negros para compor o corpo docente, e, também, a delegação aos juízes de primeiro grau para alcançar todos os estados Norte-Americano.

---

[11] Fala do professor Edilson Vitorelli no 1° Curso Online de Processo Estrutural realizado pela Escola de Estudos Superiores do MP/AESMP e pela Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos membros do Ministério Público, em 28 de julho de 2020 (acesso em 03 de abril de 2021).

[12] São entidades de infraestrutura específicas para a resolução de conflitos coletivos.

[13] Fala do professor Sérgio Cruz Arenhart no 1° Curso Online de Processo Estrutural realizado pela Escola de Estudos Superiores do MP/AESMP e pela Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos membros do Ministério Público, em 27 de julho de 2020 (acesso em 29 de março de 2021).

O quarto ciclo se dá no acompanhamento e fiscalização – podendo conter sanções derivadas do descumprimento do plano de metas – junto à implementação do plano estruturante. Nessa senda, o responsável pela decisão estrutural deve verificar se as estratégias traçadas estão produzindo o efeito idealizado ou, caso contrário, há a eventualidade de se tracejar um novo estratagema, sendo o quinto e último ciclo idealizado por Vitorelli, capaz de reorganizar a remodelagem do litígio, ou, em caso de sucesso na reestruturação, encerrar o caso.

Em suma, para que sejam realizados os respectivos reparadores desses casos complexos, a ação deve estar amparada por técnicas de soluções adequadas de conflitos, de modo a potencializar o contraditório e a cooperação no devido processo legal em absolutamente todas as etapas do processo – seja no estabelecimento de métodos de diálogo, na fase de identificação das características do litígio, ou na etapa de eventual reelaboração do plano de metas da decisão estrutural.

## 3. MEDIDAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS ESTRUTURAIS E O ENLACE COM O CPC/15

O tema sobre qual a base normativa legitimadora da atividade jurisdicional estrutural, no âmbito nacional, é pauta de discussão nas mesas de debates dos maiores doutrinadores processualistas do Brasil e gera muita discordância entre os estudiosos do assunto. Marco Félix Jobim (informação verbal)[14], por exemplo, acredita que aplicar o CPC/15 nas demandas que nascem e morrem estruturais seja insuficiente, precisando, para tanto, que seja efetivado uma Lei específica que trabalhe o assunto – defende a atenção maior ao Projeto de Lei n° 8.058/2014[15] da Câmara dos Deputados que tem como escopo instituir uma modalidade de processo especial para o controle de intervenção em políticas públicas pelo poder judiciário.

Fredie Didier (informação verbal)[16], por outro lado, assevera que "o CPC/15 dá a infraestrutura normativa necessária e suficiente para o desenvolvimento do

[14] Fala do professor Marco Félix Jobim em mesa redonda com o professor Daniel Neves no canal pessoal deste último no YouTube, em 18 de junho de 2020. (Acesso em: 02 de novembro de 2021).
[15] Pesquisa desenvolvida da Universidade de São Paulo (USP), capitaneada pela professora Ada Pellegrini Grinover e pelos professores Kazuo Watanabe e Paulo Lucon, tendo sido proposto pelo deputado federal Paulo Teixeira (PT/SP).
[16] Fala do professor Fredie Didier no 1° Curso Online de Processo Estrutural realizado pela Escola de Estudos Superiores do MP/AESMP e pela Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos membros do Ministério Público, em 29 de julho de 2020 (acesso em 19 de agosto de 2021).

processo estrutural no Brasil", dado o seu caráter democrático em todas as fases processuais.

Ora, o processo estrutural possui características bem particulares que não se enquadram, de pronto, naquelas descritas e legisladas pelo Código vigente, no que tange aos procedimentos comuns. Prova disso é que na atualização do CPC/73 para o CPC/15, o único dispositivo que tratava da conversão de ação individual em ação coletiva (artigo 333 do CPC/73) fora vetado.

Todavia, Marinoni (2017, p. 508) pontua que o CPC/15 tem como um dos pilares o poder de influência, ao poder participar do processo e influir nos seus rumos, o que se observa bem nos processos estruturantes. Não que esta técnica jurisdicional possua uma amplitude imensa, até porque age com base no CPC/15, e não dispõe de legislação própria,mas relata Arenhart e Jobim (2021, p. 635), *in verbis*:

> Cientes de que ainda (e isso é de longe "privilégio" do Brasil) se está distante de construir um modelo sólido e operativo de efetivação dos direitos fundamentais, aqui com o foco no direito ao mínimo existencial, o que se busca – ao invés de se apostar em modelos de intervenção – é privilegiar fórmulas dialógicas (até mesmo recorrendo a conciliação e mediação) e que impliquem menor resistência dos atores envolvidos, ao mesmo tempo assegurando inclusive maior legitimidade aos órgãosjudiciários quanto ao modo de decidir.

Isso posto, não há plausibilidade em definir que o Código de Processo Civil vigente não pode ser utilizado para estabelecer as diretrizes das demandas estruturais, quando a sua base é completamente pautada na cooperatividade entre as partes do processo (art. 6° do CPC/15). Vitorelli (2020) aduz que o CPC/15 adotou uma série de fundamentos que ajudam na flexibilização procedimental, sendo plástico, moldável, possuidor de cláusulas abertas que vão contra toda e qualquer rigidez procedimental.

Sem embargo, o artigo 190 do CPC/15 trata a respeito das negociações processuais, que ampliam de forma drástica as hipóteses de negócios processuais típicos e, além disso, aumenta a autonomia das partes durante todas as fases processuais, fazendo com que este meio de se chegar na satisfação do litígio se adeque a cada caso particular.

Não obstante, é certo de que não há previsão legal para as demandas plurais – tomando como base a conflituosidade dos litígios estruturais – mas, sendo o processo um meio, uma ferramenta, nada impede que a interpretação do CPC/15 à luz da Constituição Federal e utilizando o procedimento comum, do processo privado,

pautado na ampliação do contraditório e prevendo a flexibilização manifesta em diversos artigos do Código vigente, seja utilizada nos processos coletivos e estruturais.

Outro exemplo claro, trazido por Arenhart e Jobim (2021, pp. 519 – 558), é a da mitigação do princípio da demanda prevista nos artigos 141 e 492 do CPC/15. Nesse entendimento, o juiz deve se bastar a julgar às informações trazidas nos autos do processo pelas partes. Apesar disso, não precisa ir muito longe para reconhecer exceções a este princípio, tais como conceder o *habeas corpus* de ofício em casos de prisão civil, ou reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma.

Os autores trabalham, ainda, com a hipótese de uma interpretação extensiva dos artigos 497 e 536[17], ambos do CPC/15, aos quais autorizam o órgão julgador a tomar a providência cabível, ainda que não esteja esta abarcada pelas partes. Pois, o que importa não é o texto rígido, mas a forma de se interpretar o que o legislador possa ter deixado deincluir.

Em outra seção, trazida por Arenhart e Jobim (2021, pp. 687 – 702), é descrito outras hipóteses que abrem espaço para a leitura processual estrutural dentro do CPC/15,aduzindo o seguinte:

> A título meramente exemplificativo, o procedimento comum do CPC permite a adaptação do processo em prol do efetivo contraditório (art. 7º), a adoção de medidas atípicas de execução (art. 139, IV, 297 e 536, §1º), a generalização da tutela provisória (art. 294 e ss), a convenção que disponha sobre mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, podendo as partes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (art. 190), a calendarização processual (art. 191), a possibilidade de inversão na ordem de produção da prova (art. 456, PU), a permissão para o fracionamento da extinção do processo e da resolução da causa (art. 354, PU e 356), a previsão de decisão de saneamento e organização do processo, com grande potencial para adequar suas atividades às peculiaridades do caso concreto (art. 357), a amplitude da cooperação judiciária nacional (art. 67 e ss), entre tantos outros exemplos.
> Como se não bastasse, o código adotou um modelo de procedimento comum permeável às técnicas especiais, estabelecendo o seu livre trânsito entre os procedimentos.

Nessa leitura, resta pensar o procedimento comum previsto no CPC/15 apenas como ponto de partida para a aplicação normativa nas demandas estruturais,

[17] Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente; e art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

de modo que o que importa na realidade é a saber utilizar as ferramentas disponíveis no Código vigente, que são altamente democráticas, flexíveis e, principalmente, constitucionais, para atender ao estado de desconformidade continuada das ações estruturais.

Ainda que a ideia de se pesquisar e tentar buscar a ampliação do debate de um tema rico como este seja efetiva, o Projeto de Lei n° 8.058/2014 possui vícios que mais do que auxiliariam na busca pelo melhor cumprimento possível do processo estrutural, serviria para limitar a atuação das ações tipicamente estruturantes – prova disto é a própria ementa do Projeto de Lei, em que é dito de forma específica que o objetivo é um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Ocorre que, como outrora mencionado, para uma demanda ser estrutural não precisa, necessariamente, ser contra instituição pública podendo, dessa forma, incorrer na sociedade privada.

A esse respeito, Carnelutti (2012, pp. 45 e 46) é categórico ao afirmar:

> Mas as regras do direito não estão encerradas nos códigos como numa vitrine; operam na vida, isto é, governam a vida dos homens, e, daí, o não bastar, para conhecê-las, nem ler a sua fórmula nem aprender a sua história, mas ser preciso vê-las agir, quer dizer, ver como se comportam os homens relativamente a elas, e não só aqueles a quem cumpre mandar, mas também aqueles a quem cumpre obedecer; só assim as leis mostram, mais do que sua aparência, a sua substância,isto é, o seu valor.

Partindo desse contexto, é necessário que se tenha em mente que o processo estrutural é uma ferramenta constitucional e que todo o procedimento é como uma grande emulação de um parlamento. A letra da Lei está disposta no CPC/15, os princípios imperam as relações processuais proporcionando um ambiente de verdadeira democracia procedimental.

Nesse ínterim, Carnelutti foi feliz em sentenciar que para que se tenha uma lei efetiva não é necessário, tão somente, que ela esteja descrita, mas deve-se vê-la agir, ver a sua substância. E essa substância no CPC/15 é clara ao definir a ampla defesa, a primazia do julgamento de mérito, a ampliação do princípio do contraditório, a utilização da consensualidade tanto a nível judicial, quanto extrajudicial o que, sem sombra de dúvidas,se aplica nos processos estruturais.

## 4. MANUAL DE ESTRATÉGIAS PROCESSUAIS: A APLICAÇÃO DE MEDIDAS

**ESTRUTURANTES NA PRÁTICA PROCESSUAL CIVIL**

Para facilitar o entendimento acerca dos temas aqui apresentados, tornam necessárias referências práticas que serão divididas em três espécies: na aplicação de medidas estruturantes a nível local, por conta da falta de estrutura e funcionamento do Centro de Detenção Semiaberto – CEDUC Nazaré, em Natal/RN[18]; um recorte regional ao se debruçar na decisão estrutural que reformulou o funcionamento do Hospital do Seridó, a época administrado pela Fundação Hospitalar Dr. Carlindo Dantas, em Caicó/RN; e, por último, uma decisão em âmbito nacional no que tange ao plano de barreiras sanitárias implementados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, com relação ao avanço do COVID-19 e as tribos indígenas.

## 4.1 CEDUC NAZARÉ

Em pesquisa de campo realizada, em 2018, no CEDUC Nazaré, entidade pública, em sede de conclusão de apuramento de informações coletadas, fora possível notar que existe uma taxa de reincidência absurda nos jovens infratores ali alocados. Todavia, após extensa análise testemunhal – na forma de entrevista com os agentes socioeducativos, menores ali presentes e a própria diretora da unidade – ficou cristalino o caos procedimentale de deficiências estruturais no local.

A infraestrutura era demasiadamente deficitária, os quartos não possuíam colchões ou sequer a menor ventilação possível. Fora relatado o total descaso financeiro com a unidade, fora a falta de incentivo público na realização de palestras educacionais para os jovens infratores, entrega de livros para auxiliar na educação e, até mesmo, em medidas para proporcionar a reinserção do jovem dentro da sociedade.

Trata-se de menores inseridos dentro de uma "sociedade criminógena" (Scuro Neto, 2010) que possuem diversas realidades de vida e encontram no crime uma forma de "subsistir", sendo que o CEDUC possui agentes socioeducativos justamente para contrapor essa realidade criminal enraizada nos jovens que ali chegam. Ao se deparar com um local sem qualquer estrutura para tanto, o objetivo estatal com a

[18] Dados levantados em pesquisa de campo realizada em 2018 na disciplina de sociologia jurídica,ministrada pelo prof. doutor Rasland Luna, no Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

criação de Centros de Detenções como este tipo perdem a função.

Situação semelhante com o ocorrido com a Fundação Estadual da Criança e do Adolescente (Fundac) e o Estado do Rio Grande do Norte no processo de n° 0108149-70.2014.8.20.0101, exposto por Barros (2020), onde também ocorria este caos gerencial e estrutural, demonstrando que este problema estrutural se expande e vai além do objeto deestudo, qual seja, o CEDUC.

O que fora demonstrado na visita ao CEDUC Nazaré, portanto, evidencia o problema estrutural do mal funcionamento do instrumento de ressocialização do jovem infrator, tendo o Estado pecado tanto ao fornecer subsídios para que ocorra uma vivência melhor dentro do estabelecimento, quanto em ações práticas que proporcionariam esta reinserção do jovem na sociedade.

Dessa forma, tanto a Fundac, quanto o CEDUC Nazaré necessitariam de uma reestruturação em todo o sistema socioeducativo apresentado de modo a depender da imediata intervenção judicial para colocar essa estrutura adoentada em seu pleno estado de funcionalidade.

Assim sendo, aplicando-se as informações dispostas na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e nomeados interventores judiciais para auxiliar na gestão no novo plano de metas, o julgador desta demanda estrutural procederia com a fiscalização para saber se o cronograma implementado surtiria efeito prático ou não.

Nessa esteira, deveriam reformar o espaço dedicado aos jovens, bem como promover ações, programas e atividades voltadas para o aperfeiçoamento moral e educativo da criança e do adolescente. Estas medidas, como anteriormente dito, não alcançariam, apenas o CEDUC Nazaré, mas seriam feitas pensando em todo o sistema socioeducativo nacional, para que não voltasse a ocorrer situações de caos administrativoe ineficácia procedimental em qualquer outro lugar.

## 4.2 FUNDAÇÃO HOSPITALAR DR. CARLINDO DANTAS

Em seu livro intitulado “Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira”, Barros (2020) traz outro caso prático estrutural, no que tange à intervenção judicial expropriatória na Fundação Hospitalar

Dr. Carlindo Dantas localizada em Caicó/RN, à época gestora do Hospital do Seridó.

No hospital supracitado, entidade privada que acabava por atuar com demandas públicas, havia o trabalho direto com gestantes e o público materno-infantil, no geral. Ocorre que o caos administrativo e de recursos humanos era tamanho que causara reiterados falecimentos de gestantes e neonatos.

Ainda que recebendo o apoio do Ministério da Saúde e tendo o trabalho de diversos enfermeiros e médicos do estado do Rio Grande do Norte, o Hospital do Seridó estava com evidente problema estrutural e necessitou de uma intervenção judicial expropriatória que fez com que se criasse uma Junta Interventora capaz de arquitetar providências de reestruturação e desenvolvimento da ala-hospitalar da maneira que deveria ocorrer desde o princípio. Ademais, o grupo também fora responsável pela criação de métodos organizacionais de controle administrativo e financeiro do hospital.

Segundo narra Medeiros e Barros (2019), os métodos estruturantes adotados pela Juíza Federal Sophia Nóbrega Câmara Lima, titular da 9° Vara Federal causaram notável melhoramento nos trabalhos realizados no Hospital do Seridó, tanto nas alas de Obstetrícia e Pediatria, quanto ao que se refere a quadro de plantonistas e salários atrasados que foram colocados em dia a partir de novembro de 2015.

Todavia, com a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que entendeu a Justiça Federal ser incompetente para julgar a referida ação, a intervenção judicial fora encerrada e, posteriormente, um acordo firmado entre o Município de Caicó e a FundaçãoHospitalar Dr. Carlindo Dantas, que deixou de existir.

Nesse caso em comento existia uma pluralidade de interessados no melhoramento do serviço prestado no Hospital do Seridó: as mães e crianças, cada uma com sua bagagem e problemas, que não possuíam verba para utilizar um serviço de saúde de melhor qualidade; funcionários privados e do estado que trabalhavam sem os recursos necessários para a obtenção de um trabalho justo, fora os atrasos em pagamentos que influenciariam - diretamente na família - desses trabalhadores; o próprio estado e os gestores do hospital que não conseguiram gerir de forma a alcançar seus objetivos sem querer, no entanto, perder o controle sobre o hospital.

Assim sendo, a 9ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Caicó/RN teve de montar um planejamento estruturante para que aquela estrutura burocrática – o

Hospital do Seridó sob tutela da Fundação Hospitalar Dr. Carlindo Dantas – uma reestruturação capaz de fazer com que o sistema de saúde funcionasse da forma que deveria ser desde o princípio.

## 4.3 PLANO DE BARREIRAS SANITÁRIAS PARA A PROTEÇÃO DE COMUNIDADES INDÍGENAS EM TEMPOS DE COVID-19

Por último, têm-se a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso em Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 Distrito Federal (ADPF 709 MC/DF) que teve como objeto um plano de barreiras sanitárias para enfretamento da pandemia do COVID-19 para os povos indígenas.

Em um primeiro momento, cumpre destacar que a pandemia do COVID-19 trouxe e ainda traz mazelas significativas - para todo o povo brasileiro - e até mesmo nas grandes metrópoles as taxas de contágio e mortalidade forma dantescas, mesmo possuindo o máximo de ferramentas necessárias para o enfrentamento pandêmico.

Todavia, como reconhecido pelo Ministro em sua decisão (2020, p. 7) há um notório problema estrutural do Estado brasileiro ao acompanhar as pautas indígenas, em suas palavras:

> [...] histórica inoperância do estado brasileiro na regularização dos seus territórios, na contenção de invasores e no desenvolvimento de políticas públicas de reconhecimento e proteção – agravam a vulnerabilidade de tais povos à pandemia. Por isso, o problema é de difícil solução e, independentemente das medidas imediatas que se venham a determinar, é preciso não perder de vista a necessidade de um planejamento de médio prazo que enderece os referidos problemas estruturais – a exemplo da desintrusão de invasores, tão logo possível.

Dessa forma, com base em princípios Constitucionais, o Ministro Barroso reconheceu que o Estado falhara com os povo indígenas durante décadas e que diante à uma pandemia em escala global, o Estado deveria intervir para conter o contágio por COVID-19 em terras indígenas, não apenas a curto prazo – aqui entra a ideia de medidas estruturantes, capazes de não somente resolver um problema pontual, mas toda a entidade burocrática que tem agido de forma contrária ao seu estado ideal de funcionamento.

Por conta disso, foram definidas barreiras sanitárias para o enfrentamento do COVID-19, para que em curto e, principalmente, médio prazo os silvícolas possam gozar de maior proteção estatal. Dentre as medidas estruturantes planejadas, estavam a quarentena em local adequado para quem fosse adentrar nas terras indígenas, o monitoramento epidemiológico do entorno, o fornecimento de equipamentos de proteção individuais para os profissionais que atuam na área, entre outras medidas que serveriam para gerir e proteger as terras indígenas.

Nessa leitura, há um evidente exemplo não somente de uma demanda estrutural com um grau elevado de complexidade e conflutuosidade, mas um notório exemplo de decisão estrutural com sua caracteristica de se prolongar através do tempo para reestruturar o que estava em desconformidade continuada.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta patente, após toda a análise realizada, que o tema discutido possui relevância que vai além do Direito Processual Civil e alcança o cerne da Constituição Federal. Os problemas estruturais estão presentes dentro da realidade nacional e necessitam de aplicadores do direito que saibam lidar com esse tipo de situação.

Jobim (informação verbal)[19] aduz, ao exemplificar um caso de demanda estrutural que chegara do STJ, nas mãos da Ministra Nancy Andrighi, que os juízes não estão preparados para tratar com este tipo de demanda, dada a complexidade procedimental que dela advém. Portanto, é imprescindível que os discentes do curso de direito se disponham a assimilar esses conceitos ainda na graduação, para quando forem juristas, aplicarem o direito de forma cabível.

Ademais, o presente artigo teve como método de abordagem o hipotético-dedutivo, em que a hipótese inicial se dava na criação de uma nova Lei que pudesse regulamentar as nuances dos processos estruturais, visto que o CPC/15, ainda que funcionasse, deveriaser tido apenas como fonte subsidiária de aplicação.

No entanto, ao adentrar nas camadas intrínsecas do Direito Processual Civil e resgatar ensinamentos da Teoria Geral do Processo, combinados com as particularidades estudadas acerca das demandas estruturais, fica evidente que o CPC/15, ainda que não seja um sistema processual perfeito, é suficiente para o desenvolvimento do processo estrutural como procedimento – sem ter a necessidade de se falar sobre criação de um procedimento especial.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir docaso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 211-232, 2015, p. 212.

ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais** – 3° ed.Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais:**novos horizontes para a tutela coletiva brasileira - 1° ed. São Paulo:

[19] Fala do professor Marco Félix Jobim em mesa redonda com o professor Daniel Neves no canal pessoaldeste último no YouTube, em 18 de junho de 2020. (Acesso em: 02 de novembro de 2021).

Editora D' Plácido, 2020.

BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e doAdolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

_____. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor.Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

_____. **Lei nº. 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional deAtendimento Socioeducativo (Sinase). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em:12/06/2021.

_____. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil.Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12/03/2021.

_____. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil Brasileiro**.Brasília, DF: Senado, 1973.

_____. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil.** Brasília: SenadoFederal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 709 MC/DF. Disponível em: <**https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962**>Acesso em: 19/09/2021.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos parauma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo** - v. 303/2020, maio 2020., p. 45 – 81. DTR/2020/6797.

FULLER, Lon L. "The Forms and Limits of Adjudication." ***Harvard Law Review***, vol. 92,no. 2, The Harvard Law Review Association, 1978, pp. 353–409, https://doi.org/10.2307/1340368.

FISS, Owen. **The Supreme Court 1978 term**: Foreword: thhe forms of justice. HarwardLaw Review, v. 93, n. 1, 1979. P. 1-58.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais:** identificação, funcionamento efinalidade. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LEITE, Luciano Marques. O conceito de "lide" no processo penal - um tema de teoria geral do processo. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 32, ed. 70, p. 181-195, 1 jul./set.,

1970.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo cursode processo civil:** teoria do processo civil. – 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum volume 2. – 5 ed. SãoPaulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica.** 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural:** teoria e prática. Salvador: EditoraJusPodivm, 2020.

# UMA ANÁLISE DO PAPEL DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E ABUSCA PELA IGUALDADE DE GÊNERO

Ana Clara Silva Pinto[1]
Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas[2]

**RESUMO**

As mudanças, na lei, retratam a trajetória da mulher na sociedade, ou seja, suas conquistas nos ambientes pessoais e profissionais, sendo o crescimento da participação feminina explicado por uma combinação de fatores econômicos e históricos, e com o avanço da industrialização, a mulher foi conquistando o seu espaço - no mercado de trabalho - em meio a vários obstáculos, devido ao seu papel social, relacionado a funções domésticas, até chegar ao cenário atual, no qual - do ponto de vista legal, no Brasil - não há desigualdade de direitos entre homens e mulheres na área da vida econômica, social e política, e não há a discriminação direta de direitos na área profissional. Porém, ao levar em conta questões como nível salarial, as posições de liderança por mulheres - nos quais os cargos de chefia ainda são exercidos, na maioria dos setores, por homens, mesmo em profissões tidas comohistoricamente femininas - põe-se em questão se de fato a isonomia de gênero é uma realidade para mulher, atualmente, mesmo com os direitos da mulher no trabalho sendo assegurados pela Constituição. Este estudo se propôs a entender como a mulher se desenvolveu no mercado de trabalho em uma sociedade historicamente patriarcal, as conquistas e lutas por direitos e se a desigualdade de gênero ainda é pertinente mesmos após as medidas à sua proteção estarem garantidas legalmente. A pesquisa utilizou o método hipotético dedutivo com uma abordagem histórica-socialda trabalhadora, observando leis que foram tomadas em prol da isonomia histórica. O estudo indicou que apesar dos avanços nas conquistas da proteção da trabalhadora brasileira, ainda possui indícios da desigualdade, no dia a dia profissional, por meio de fatores que afetam apenas a mulher, como a maternidade e a jornada tripla,

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: clarinha_silva2010@hotmail.com
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail:adrianagomes@unirn.edu.br

consequência da atribuição histórica condicionada ao sexo feminino, agravadas inclusive pela Covid-19, pelo fato da pandemia ter piorado esse peso com o trabalho à distância, concluindo-se que, a busca pela isonomia de gêneros não deve cessar, ao ver que a prática não condiz com os direitos obtidos, através de políticas públicasque resguardem a condição da mulher inserida no mercado.

**Palavras-chave**: Direitos fundamentais. Representação feminina. Mercado de trabalho.

## AN ANALYSIS OF THE ROLE OF WOMEN IN THE LABOR MARKET AND THESEARCH FOR GENDER EQUALITY

### ABSTRACT

The changes in the law portray the trajectory of women in society, that is, their achievements in personal and professional environments, with the growth of female participation being explained by a combination of economic and historical factors, andwith the advance of industrialization, women were conquering its space in the labor market midst several obstacles, due to its social role related to domestic functions, until reaching the current scenario, therefrom a legal point of view in Brazil there is no inequality of rights between men and women in the area of life economic, social and political, and there is no direct discrimination of rights in the professional area, however, when taking into account issues such as salary level, leadership positions by women where leadership positions are still held, in most sectors, by men, even in professions considered historically feminine, it is questioned whether gender equality is a reality for women today, even with women rights at work being guaranteed by theConstitution. This study aimed to understand how women developed in the labor market in a historically patriarchal society, the achievements and struggle for rights and whether gender inequality is still relevant even after the measures for their protection are legally guaranteed. The research used the deductive hypothetical method with a social-historical approach to the worker, observing laws that were adopted in favor of historical isonomy. The study indicated that despite advances in the achievements of protection of the Brazilian female worker, there is still evidence of inequality in the

daily professional life, through factors that affect only women, such as motherhood and the balance between having more than one job, meaning the responsibility of taking care of work, children and home, a consequence of the historical attribution conditioned to the female sex, which was even aggravated by Covid-19, since the pandemic has worsened this burden with distance work, concluding that the search for gender equality must not cease, seeing that the reality is not consistent with the rights obtained, and doing so through public policies that protect the condition of women in the market.

**Keywords:** Fundamental rights. Female representation. Labor market.

## 1 INTRODUÇÃO

A mulher foi introduzida no mercado de trabalho em um cenário pós-guerra, ecom a escassez de mão de obra masculina, se viu então na mulher a necessidade de trabalhar, em situações nas quais, regulamente, era explorada, trabalhando acima deseus limites e recebendo salários menores além da falta de direitos que as resguardassem, e que por muito tempo foi ignorado, devido à sua imagem de inferioridade ao homem.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar os avanços legislativos, durante o processo histórico profissional da mulher, e, se ainda há diferenciação, na prática profissional, além de também ser alvo deste trabalho constatar pontos de tensão que caracterizam a desigualdade e como essas mudanças afetam na realidade feminina, ao longo do tempo. Desse modo, o método de abordagem utilizado será o método hipotético dedutivo por meio do qualitativo, de modo a levantar a seguinte hipótese: As mudanças legislativas conquistadas realmente se traduzem no âmbito trabalhista para a mulher? Como método de procedimento será usado o método histórico, realizando uma análise do cenário trabalhista feminino e suas conquistas, com técnicas de pesquisas bibliográficas e documental em sites, livros, artigos e legislações além de análises de jurisprudências, tendo uma visão histórica social e de outros doutrinadores baseados na Constituição.

Em primeiro ponto, mostrará como a mulher estava inserida na sociedade, o que ela representava – historicamente - e como essa narrativa foi se modificando conforme o

tempo, englobando sua importância social, em cada época, e como se deu a busca pelo tratamento justo e como essas mudanças refletiam na área do direito.

Em segundo plano, indaga-se se a obtenção desses direitos espelha a realidade feminina, e porque, apesar do processo histórico na luta por esses direitos,ainda existem fatores que levam a não concretização da isonomia e quais as consequências destes para a mulher trabalhadora. Por último, vem a tratar da Consolidação das Leis Trabalhistas, como foi o processo do seu surgimento e seu significado para o direito do trabalho, e analisar como as alterações dessas leis gerouimplicações para mulher inserida no mercado de trabalho.

## 2 A EVOLUÇÃO SOCIAL E LEGISLATIVA DA TRAJETÓRIA DA MULHER NO ESPAÇO DE TRABALHO

No curso da história da humanidade, a representação da figura feminina era sinônimo de fragilidade e inferioridade, se perdurando essa imagem submissa, durante séculos, a mulher não possuía o direito de participar em nenhuma forma de trabalho, sendo criada e moldada para realização de cuidados domésticos, em que sua função era cuidar do seu marido e dos filhos. Não desfrutando de nenhum direito a vida política, profissional, a mulher seguia alienada de qualquer oportunidade que não fosse o casamento e a vida doméstica, não tendo outra opção além de aceitar esses padrões de comportamentos, tornando essa cultura de hierarquia entre os sexos colaborativa para contínua relação de dependência durante os anos.

Na Europa e Estados Unidos, no final do século XIX e início do XX, já havia as primeiras faíscas da insatisfação feminina por meio de começos de ondas feministas, mulheres revoltadas com a diferença contratual e sem opção de escolhaspor não terem direitos.

O capitalismo começava a tomar conta e avanços na tecnologia e nas industrias cresceram com a chegada da industrialização, e com a diminuição do trabalho físico e auxílio das máquinas, as mulheres então se inseriam, lentamente, no mercado, para suprir a demanda da mão de obra, porém, a primeira grande mudançanessa realidade de inserção foi a com a chegada da Primeira e Segunda Guerra Mundial, quando grande parte dos trabalhadores masculinos deveriam servir, e, como término da guerra, muitos

homens retornaram mutilados, o que os impossibilitou voltar ao labor habitual, com isso, as mulheres se sentiram na obrigação de assumir a posição de seus maridos.

Contudo, a contribuição mais expressiva feminina, nos postos de trabalho, se deu após a década de 1940 com o aumento das siderúrgicas, petrolíferas, químicas, farmacêuticas e automobilísticas, onde as mulheres começaram, então, a assumir diferentes cargos, mas, sem garantias legislativas e vítimas de preconceitos, tendo a mão de obra barateada e sendo constantemente explorada, situação que trabalhava excessivas jornadas e recebiam baixos salários, devido à sua imagem idealizada pela sociedade relacionado aos afazeres domésticos, tornava-se um "custo-benefício" a visão dos chefes das indústrias. Nesse contexto,afirma Orlando Gomes (GOMES, 1976 p. 466):

> O emprego de mulheres e menores na indústria nascente representava umasensível redução do custo de produção, a absorção de mão-de-obra barata, em suma, um meio eficiente e simples para enfrentar a concorrência. Nenhum preceito moral ou jurídico impedia o patrão de empregar em larga escala a mão-de-obra feminina e infantil. Os princípios invioláveis do liberalismo econômico e do individualismo jurídico davam-lhe a base ética e jurídica paracontratar livremente, no mercado, esta espécie de mercadoria. Os abusos desse liberalismo cedo se fizeram patentes aos olhos de todos, suscitando súplicas, protestos e relatórios em prol de uma intervenção estatal em matéria de trabalho de mulheres e menores.

No Brasil, a inserção da mulher no mercado de trabalho ocorreu no mesmo processo, quando mulheres surgiram no mercado de trabalho, para suprir a demandada mão de obra, com grande parte das empregadas se concentrando na área da indústria têxtil. Conforme Rago (2000, p. 581), esclarece que:

> [...] Na indústria têxtil, encontravam-se 569 mulheres, o que equivalia a 67,62% da mão de obra feminina empregada nesses estabelecimentos fabris. Nas confecções, havia aproximadamente 137 mulheres. Já em 1901, um dos primeiros levantamentos sobre a situação da indústria no estado de São Paulo constata que as mulheres representavam cerca de 49,95% do operariado têxtil, enquanto que as crianças respondiam por 22,79%. Em outras palavras 72,74% dos trabalhadores têxteis eram mulheres e crianças[...].

Essa realidade social refletia no âmbito jurídico, pois ao observar o Código Civil de 1916, que afirmava em seu artigo 133 que "O marido é o chefe da sociedadeconjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos" (Brasil, 1916), além de ser considerado legalmente o detentor do

poder familiar, a mulher só poderia ter um emprego se houvesse prévia autorização do seu marido, sustentando a discriminação e o patriarcalismo.

Com o cenário pós-guerra, e a dificuldade do país de importar, acarretou-se então em investimentos no desenvolvimento industrial, período em que o Brasil – consequentemente - teve o auge da industrialização, trazendo assim várias mudanças sociais e econômicas, enfatizando a desigualdade - no âmbito profissional - sofrido pelas mulheres que começou a ser questionado, ocorrendo a intervenção do Estado, em 1932, com a criação do decreto lei n° 21.417, primeira garantia de direito que versava sobre a situação das mulheres no mercado de trabalho.

Com o estabelecimento desse decreto, a mulher conquistou direitos como a igualdade salarial, a garantia da licença maternidade remunerada, se grávida, com duração de 8 semanas antes e após o nascimento da criança, além da proibição da demissão da gestante e permitindo intervalos para amamentação.

Essa lei tinha como objetivo a proteção da mulher, mas na realidade mascarava - por trás dessa prerrogativa - uma discriminação de uma sociedade que indiretamente colocava a mulher em posição inferior, pois trazia consigo proibições como a vedação do trabalho da mulher no período noturno, a partir das
22 horas, perpetuando a ideologia do comportamento submisso da mulher doméstica, que nãodeveria trabalhar a noite, pois a ideia de abandonar o marido e as responsabilidades relacionadas à casa era impensável.

Somente com a Constituição de 1934 que foi consolidado o reconhecimento do princípio da igualdade de gênero, na forma da lei do artigo 113:

> A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
> 1 - Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas (BRASIL,1934).

Essa Constituição marcou, historicamente, no avanço a proteção de direitos as mulheres, que também assegurava a igualdade de salário entre homens e mulheres e proibia o trabalho destas últimas em condições insalubres, preconizava a assistência médica e sanitária à gestante, garantindo-lhe um descanso antes e depoisdo parto, além da conquista do direito ao voto.

Alguns anos depois, a Carta Magna de 1946 trouxe expressa a garantia da assistência e previdência em favor da licença a maternidade, conforme o artigo 164 “É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância eà adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa” (BRASIL, 1946). Além desta, abrangeu sua proteção também, no aspecto salarial, proibindo que houvesse diferença no pagamento por questões de raça, idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.

Em 1943, houve também o surgimento da Consolidação das leis trabalhistas (CLT) que trazia - em seu texto - um capítulo próprio tratando-se da proteção da mulher no trabalho, reconhecendo as diferenças entre homens e mulheres com as garantias relacionadas a maternidade.

Os movimentos feministas também foram de grande importância para a buscados direitos da mulher, com a década de 1960, sendo um marco - no início - pelos direitos iguais, realizando-se em 1963 o Encontro Nacional da Mulher Trabalhadora, organizado pelo Pacto de Unidade Intersindical de São Paulo, com a participação de 415 delegadas para discutir a situação da mulher trabalhadora brasileira. Tinha entreseus temas a aplicação efetiva das leis sociais e trabalhistas em favor da mulher.

No contexto histórico, com o golpe militar de 1964, a Constituição de 1967 não trouxe mudanças substanciais além do menor tempo de aposentaria passando de 35 anos para 30.

A partir da década de 1970, as mulheres começaram a se destacar no mercado de trabalho, e, até mesmo nos estudos, em que já se podia ver mulheres atuando como costureiras, professoras e atendentes de loja; e nesse mesmo período, acontecia o estopim dos movimentos feministas, explodindo nos EUA, refletindo em território brasileiro, e, conforme o movimento crescia, a sua divulgação também se expandia, de modo a pressionar os entes governamentais, a ponto de que não pudesse mais ignorar a situação da mulher, especialmente, em sua circunstância histórica no cenário nacional, momento que chegava ao fim o período da ditadura militar, sendo oficialmente encerrado em 1985, várias mulheres começaram a se organizar na expectativa de uma redemocratização, visando mudança nas leis, para uma cidadania mais abrangente e igualitária, resultando - em 1985 - na criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, pelo poder público, que auxiliou nadivulgação e com recursos para as mulheres domovimento.

Com a proposta da nova Constituição, é lançada a Campanha Nacional Mulher e Constituinte, na qual a população feminina se mobiliza para debater os direitos que gostariam que fossem resguardados. Após 3 anos de coleta, foi entregue a Carta das mulheres Brasileiras aos Constituintes, que havia demandas, em diversossetores da sociedade. Acerca da importância do movimento feminista, Elisabeth Souza Lobo reitera que:

> A história destes movimentos é também a da constituição das mulheres como novo sujeito coletivo, em que estas deixam a esfera privada a que estavam confinadas e passam a atuar no espaço público, levando para a esfera pública temas que recortam o espaço privado (SOUZA LOBO, 1991).

Todas essas demandas foram homologadas no Texto de 1988, que é consolidado a plena conquista legislativa a proteção a mulher no mercado e a igualdade de gênero, garantido no seu artigo 5, no seu inciso I:

> Art. 5 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos destaConstituição (BRASIL, 1988).

A Constituição de 1988 revolucionou o marco jurídico, pois ao invés de reproduzir pensamentos em ideologias conservadoras, que antes a protegia para o lar, o texto se preocupou com a garantia da plena isonomia entre homens e mulheres, promovendo a inserção desta no mercado, com suas devidas proteções para a área profissional, sendo considerada a mais democrática, destruindo a ideia do pátrio poder e do chefe de família, ideias que eram perpetuadas pelo Código Civil de 1916, fazendo-se necessária uma reforma no Código.

Entre suas conquistas incluem o aumento da licença maternidade para 120 dias, sendo garantida também a licença paternidade, em seu artigo 7º trouxe o auxílio- creche, a assistência de crianças até 5 anos em creche e pré-escolas. A própria Carta reconheceu a desigualdade de oportunidades entre os gêneros no mesmo artigo 7º, inciso XX, ao citar "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei" (Brasil,1988), evidenciando que de fato há discriminações da mulher no trabalho, a protegendo e promovendo em mercado majoritariamente masculino e

machista.

## 3 ANÁLISE DAS DIFERENÇAS NO MERCADO DE TRABALHO ENTRE OSGENÊROS

Devido a longa busca no curso histórico da mulher pelas suas garantias e direitos, as mulheres hoje ocupam uma posição de destaque, no rápido crescimento no espaço trabalhista, aos poucos tomando conta de praticamente todos os setores. Apesar das grandes conquistas, a realidade ideal ainda não é a alcançada em favor da figura feminina, em que a discriminação salarial continua presente, atualmente.

De acordo com pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2021), em uma pesquisa que analisou as condições de vida das brasileiras, foi obtido, como dado, que as mulheres receberam 77,7% do salário dos homens em 2019, sendo a disparidade ainda maior em cargos mais elevados tais como gerente ediretores.

Ainda com base em estudos, dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 2019), em relação às mulheres quecursaram faculdade, há uma diferenciação de 38% no salário entre homens e mulheres, que mesmo ocupando os mesmos cargos, as mulheres ainda recebem menos. E, em concernente a representatividade das mulheres a cargos de chefia, emempresas, ainda continuam sendo a minoria, de acordo com pesquisa realizada peloTribunal Superior do Trabalho (TST, 2021).

Quando analisamos as mulheres que são responsáveis pela casa, o cenário só piora, devido ao fenômeno em que ocorre a tripla jornada de trabalho, na qual mesmo após a classe feminina ter conquistado seus direitos, perante a legislação, precisam agora consolidar o papel de mãe, esposa, trabalhadora e dona de casa. Pertinente ao que se refere à multifunção do papel da mulher, afirma o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 2019):

> [...]No entanto, a conciliação dos cuidados com os filhos fora da escola; a preocupação com os idosos sob sua responsabilidade; os afazeres domésticos e as longas jornadas tenderam a agravar problemas de saúde física e mental dessas mulheres. Essa crise sanitária, econômica e social reforçou a distância salarial entre homens e mulheres [...].

Essa sobrecarga sobre a mulher se considera um fator relevante, quando analisamos a situação atual, afetando diretamente no seu rendimento, que tem de carregar o peso da figura histórica feminina da mulher responsável pelas atividades

domésticas, com a figura da mulher moderna que conquistou seu espaço no mercadoe tem independência financeira.

Segundo a linha de pensamento das autoras Bruschini e Lombardi, (2002, p.164), afirma-se que:

> A maternidade é um dos fatores que mais interferem no trabalho feminino, quando os filhos são pequenos. A responsabilidade pela guarda, cuidado e educação dos filhos na família limita a saída da mulher para o trabalho remunerado sobretudo se os rendimentos obtidos são insuficientes para cobrir custos com formas remuneradas de cuidado infantil.

Ainda sobre a maternidade, esta afeta diretamente as mulheres no emprego, já que muitas acabam desempregadas pouco tempo depois de tornarem-se mães. Sobre essa afirmação, uma pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (FGV) publicada em 2016, utilizou como fonte de pesquisas mulheres, na faixa etária de 25 a 35 anos, no período de 2009 até 2015, que trabalhavam em empresas privadas e tiraram uma licença-maternidade ao ano, analisando o processo durante e após a licença, o qual apresentou resultados em que a probabilidade empregatícia das mães aumenta até o período da licença- maternidade, e decai logo após, e que após 24 meses, quase metade das mulheres que tiram a licença terminam desempregadas, ocorrendo inclusive a maioria sem justa causa e tendo início pelo próprio empregador (FGV, 2016).

A pesquisa concluiu que "o mercado de trabalho, no Brasil, é diferente do existente nas economias desenvolvidas em termos de desigualdade salarial, discriminação e informalidade", ressaltando a influência dos encargos da maternidadeno tocante ao ambiente trabalhista.

Esses dados só representam um problema bem maior do que se mostra na superfície, pois a licença-maternidade é um direito resguardado por lei, a qual ressalva o período de 120 dias sem ocorrer prejuízo de salário ou emprego, expresso no artigo 392 da Consolidação das leis de Trabalho (Brasil, 2017), e ferindo também o próprio princípio constitucional da igualdade, no qual é garantido que todos são iguais perantea lei.

A situação profissional feminina só tem se agravado, após a pandemia, sendo as mulheres as que sentem mais o impacto da tripla jornada, visto que com o ápice da Covid-19, alastrando-se no país, diversas empresas passaram a fazer uso do *home office*,

tendo dessa forma equilibrar o trabalho no ambiente doméstico, junto às tarefasdomésticas, inclusive o de auxílio aos filhos, para as que são mães, devido à parada das escolas e creches e a escolha dos vários estados, no ensino a distância. É o que se reforça em matéria publicada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST, 2021):

> Estudiosas dos impactos da crise sanitária no trabalho da mulher alertam para a romantização do home office. Segundo elas, essas narrativas, reforçadas pela propaganda, têm ajudado a aprofundar as desigualdades de gênero e atuam como artifício para a precarização e a superexploração. Nesse sentido, as mulheres estariam trabalhando muito mais durante o dia erealizando tarefas simultânea.

O acúmulo de deveres atribuídos socialmente à mulher pode refletir no campo do trabalho, trazendo consequências, devido a expectativas das empresas para atingir o padrão esperado, e não atingi-lo, pela dificuldade da mulher na produtividade em ambiente doméstico, fruto da sobrecarga da tentativa de equilíbrio das tarefas nas diferentes aéreas, que desencadeiam um esgotamento emocional e o cansaço físico,na qual a trabalhadora torna-se fragilizada, além dos desafios no seu rendimento a mais causados pelo *home office*, acarretado até mesmo de comparações com os trabalhadores homens, que não possuem as mesma responsabilidades sociais, dessemodo deixando claro a desigualdade entreos gêneros.

Esse novo modelo de trabalho, implementado durante a crise de saúde e econômica, apenas serviu de faixada para as desigualdades sociais e profissionais sofridas pelas mulheres, nas quais a divisão entre trabalho e lazer e responsabilidadesde casa se transformam em um só, tornando-se ônus da mulher a aprender a conciliartodos eles.

Em conformidade com Souza e Guedes (2016), a introdução feminina - na economia - não põe em harmonia as atribuições designadas aos gêneros, apenas enfatiza as dificuldades femininas que partilham com os homens, seja a pressão do sustento familiar e a responsabilidade do meio reprodutivo, realçando como a saída do ambiente doméstico e a introdução da mulher no mercado não acompanhou suas conquistas legais, de forma que as mulheres são encarregadas com a maior responsabilidade das atividades do espaço privado, corroborando com a desigualdadepor meio da divisão sexual do trabalho.

Uma pesquisa realizada pelo IBGE (2018) analisou que, no que concerne àsobrigações das tarefas domésticas e cuidados, as mulheres investem cerca de 18,1

horas, em comparação aos homens que só passam 10,5 horas, resultando 73% a mais de horas em disparidade ao sexo masculino e agravando-se ainda por cima ao examinar os dados por região, onde o Nordeste representa como região de maior disparidade, na qual há um aumento de 80% de horas a mais que os homens, concluindo 19 horas semanais aos cuidados do lar. A pesquisa ainda sustenta que:

> Mesmo em meio a tantas transformações sociais ocorridas ao longo do último século sob a perspectiva de gênero (maior participação das mulheres no mercado de trabalho, crescente escolarização, redução da fecundidade, disseminação de métodos contraceptivos, maior acesso à informação), as mulheres seguem dedicando relativamente mais tempo aos afazeres domésticos e cuidados, qualquer que seja o grupo de idade observado. As diferenças, contudo, se ampliam entre as faixas de idade mais elevadas (IBGE,2018).

De acordo com Flavia Biroli (2018), é notório que o processo histórico de inserção da mulher, no mercado de trabalho, e o seu reconhecimento como cidadã, causou a divisão sexual do trabalho, que explica como o trabalho da mulher deve ser,qual o âmbito de sua atuação e sua posição na área profissional, tendo como consequência direta os ditames das hierarquias de gênero, classe e raça, e como efeito, seu lugar social.

Portanto, podemos observar que a pandemia só enfatizou a realidade já presente e afetou ainda mais as dificuldades vividas, diariamente pelas trabalhadoras, além da falta de medidas legislativas suficientes, pelo Judiciário, no auxílio e proteçãoem prol da mulher trabalhadora.

## 4 A CLT E AS CONSEQUÊNCIAS LEGISLATIVAS DA REFORMA TRABALHISTA

Com a Revolução Industrial e os adventos das fábricas, a exploração do trabalhador se tornou exacerbada, e não havia direito do trabalho que os protegessem das condições extremas em que trabalhavam, sem nenhuma assistência do Estado, pois se dependiam da auto regulação do setor privado.

A Consolidação das Leis Trabalhistas foi promulgada em 1º de maio de 1943,na forma de decreto lei nº 5.452, durante o governo Vargas, após a criação da Justiçado Trabalho. Ela surgiu como uma compilação de convenções coletivas já existentes a época, no intuito de garantir proteção ao trabalhador e regulamentar as condições de trabalho e relação empregado-empregador.

Ao tratar especificadamente da mulher, a CLT trouxe um capítulo relatando as

proteções relativas do trabalho da mulher, trazendo apenas o que já tinha sido publicada por Constituições anteriores.

As novas leis do direito de trabalho acompanhavam as mudanças no espaço-tempo, à medida que as Constituições evoluíam e acrescentavam novas medidas protetivas legais, seguindo as atualizações com a última Carta Magna, que trouxe regulações relacionado a gestante, a maternidade, a proteção da mulherno mercado.

Após a Constituição de 1988, a Lei 9.029 foi promulgada em 1995, no intuito da proteção da dignidade da grávida, não podendo o empregador cobrar meios que comprovassem a gravidez ou esterilização para manter vínculo empregatício ou umanova contratação, como atestados. Posteriormente em 1999, foi publicada lei que regulava o acesso da mulher ao trabalho, contratação e remuneração por motivos desexo, cor, raça, idade, situação familiar ou gravidez.

A CLT de 1943 teve vigência por todos esses anos, até que, em 2016, foi proposta uma mudança nas leis vigentes pelo Presidente Michel Temer, dada o nomede Reforma Trabalhista, sendo apresentado, em urgência, ao Congresso.

O motivo para a alteração era justificado pelas leis já estarem ultrapassadas, não se adequando para a nova realidade, oportunizando a inclusão de novos setores do trabalho, como o intermitente, o autônomo e o trabalho no formato home office, quenão eram inclusos na legislação vigente.

A lei 13.467/2017 foi aprovada e passou a ter força legal em 11 de novembro de 2017, trazendo diversas modificações em mais 100 artigos, incluindo artigos que se tratavam da proteção e regulamentação do trabalho feminino, como a estabilidadena gestação, amamentação, horas extraordinárias, aos quais irão serabordados.

A Reforma Trabalhista, em uma das suas mudanças mais polêmicas, alterou a condição de trabalho insalubre à gestante, caso em que na lei anterior a Reforma, agestante ou lactante seria afastada do trabalho em condições insalubres em qualquergrau, porém, com a nova redação, afirmava no art. 394-A:

> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:
> II – Atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
> III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação (BRASIL, 2017).

O texto da CLT traz a definição de insalubridade, e afirma:

> Art. 189 – Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (BRASIL,1943).

Essa aprovação na lei provocou um grave perigo para grávida e lactante, queteriam que se submeter à exposição de substâncias nocivas a sua saúde e do seu filho, contrariando inclusive um dos próprios artigos, da garantia da proteção a mulherno trabalho e a maternidade.

Por este motivo que, em abril 2019, foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo mais possível à gestante trabalhar em condições insalubres alguma, retornando à aplicação da vigência anterior: (STF, 2019)

> **DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES.** 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteçãoà maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulhere de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente. (ADI 5938, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-205 DIVULG 20-09-2019 PUBLIC 23-09- 2019).

Tratando-se de jornada de trabalho, outra mudança se encontra no artigo 384, no que tange ao intervalo de 15 minutos da trabalhadora. Esse artigo foi revogado, narra a obrigação do empregador de fornecer os 15 minutos de descanso, entre o fim da jornada normal e início da hora extra. Percebe-se que esse dispositivo previa também proteger a saúde e dignidade da mulher, em razão da sua integridade física.

Contudo, esse dispositivo já possuía divergências, antes mesmo da publicação da Reforma Trabalhista, com jurisprudências diversas em relação ao texto de 1943, em que alguns regimentos defendiam que o artigo não tratava homem e mulher com equidade, mas de acordo com decisões do TST de 2016, era aceito o intervalo por ser acobertado pela CF/88:

> **RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. INTERVALO INTRAJORNADA. ARTIGO 384 DA CLT. DIREITO DO TRABALHO DA MULHER. PROVIMENTO.** Por disciplina judiciária, curvo-me ao entendimento do Tribunal Pleno desta Corte que, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 384 da CLT de que trata do intervalo de 15 minutos garantido às mulheres trabalhadoras antes da prestação de horas extraordinárias, considerou que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre homense mulheres, contido no artigo 5º, I, da Constituição Federal. Desse modo, não sendo concedido o referido intervalo, são devidas horas extraordinárias a ele pertinentes. Precedentes desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido.
> (TST - RR: 737006820095020048, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 10/08/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/08/2016)

Mas, com a promulgação da lei 13.467, o referido dispositivo foi completamente vetado e apenas passível para casos anteriores a sua vigência. Esseartigo era mais uma proteção a saúde física da mulher, que foi ignorado pela nova lei, que homens e mulheres possuem condições fisiológicas diferentes, consequentemente, suas aptidões físicas diferem.

Outro destaque foi o artigo 396 das leis trabalhistas que tinha sua redação esclarecendo sobre o intervalo para amamentação que afirmava que "Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um" (BRASIL, 2017). O que chamou a atenção para a mudança foi o acréscimo de inciso, onde "os horários dos descansos previstos no caput

deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador" (BRASIL, 2017).

Essa alteração da Reforma mais uma vez demonstrou um descaso e retrocesso da legislação, que alterava um direito, independente disposto na redação de 1943, para uma necessidade de acordo entre a mulher e o empregador, relação em que já não possui igualdade, para uma condição necessária que pertence à mulher, que é a amamentação e o direito da maternidade, o transformando em um negócio jurídico.

Apesar dessas novas leis prejudicarem a posição da mulher no mercado, a nova Reforma também trouxe pontos positivos a seu favor, como a regulamentação da equiparação salarial, tema de grande importância ao falar em igualdade de gênero.A nova lei trouxe a seguinte redação em seu artigo 461 inciso6:

> Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderáigual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.
> § 6° - No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta porcento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social" (BRASIL, CLT,2017).

Ficou garantido na nova lei a multa por discriminação por sexo ou etnia, e a garantia nas empresas da igualdade salarial, sem distinção de sexo. O novo dispositivo reformado se mostrou a um passo a mais em prol da proteção das minorias no mercado, cumprindo também o princípio da proteção da mulher no trabalho.

## 5 CONCLUSÃO

Ao revisar os dados obtidos desses estudos, já se pode observar que apesar da evolução da presença feminina, no decorrer do percurso histórico, com obtenção de leis - ao nível constitucional - que as resguardassem, e através de lutas pelos seus direitos, é pertinente identificar fatores que levam a desigualdade no tratamento por gênero.

Como já visto na pesquisa, ainda há mulheres perdendo emprego devido à maternidade, além do efeito da jornada tripla no seu bem-estar, tendo efeito – consequentemente, no seu rendimento profissional, causando uma sobrecarga, devido à

sua visão, atualmente na sociedade, de ainda possuir o papel de responsável por afazeres domésticos e familiares, além de ter que contribuir ativamente, no mercado de trabalho.

Observa-se ainda que, no primeiro capitulo ao analisar os avanços históricose suas conquistas, que foi provado na Constituição de 1988 a plena isonomia de direitos com o reconhecimento da igualdade - perante a lei e os resguardas as condições inerentes à mulher, entra-se em contraposição com algumas medidas, após conclusa a reforma trabalhista, como o direito a saúde da gestante e filho, e a manutenção da integridade da mulher, apresentando um retrocesso jurídico a toda luta feminina para garantia desses direitos.

Ao analisar os objetivos da pesquisa, percebe-se a grande luta feminina para ganhar espaço e respeito na área empregatícia, podendo observar essa dificuldade – diretamente - na constante desvalorização da mulher pelo símbolo que ela representava e continua representando até os dias atuais, quando se levou anos para poder ter suas garantias protegidas a nível legal com as mudanças nas Constituições e novas leis com proteção a mulher.

Mas, apesar das conquistas, ainda pode se ver presente a desigualdade, no tratamento entre os sexos - seja indiretamente através da sobrecarga mencionada no seu papel social, seja diretamente por meio de diferenças salarias - a escassez de representação feminina, em cargos altos, ou até mesmo da mulher que já estava inserida no mercado, sendo vista como uma responsabilidade a mais, após a maternidade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cristhiane Tatiane de Oliveira; BRANDÃO, Fabiana Souza; BOTI, PatríciaAparecida Firmino. Os movimentos Feministas e suas representações sociais. **Revista da Faculdade Eça de Queirós,** ISSN 2179-9636, Ano 6, número 24, novembro de 2016. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170509163521.pdf. Acesso em: 24, nov. 2021.

BIROLI, Flávia**. Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil.** 1 ed.Boitempo. Editorial, 2018. E-book. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/527596597/BIROLI-Flavia-Genero-e- desigualdades-os-limites-da-democracia-no-Brasil-by-Flavia-Biroli-z-lib-org. Acesso em: 24, nov.2021.

BRASIL. **Lei Nº 9.029 de 13 de abril de 1995**. 17 de abril de 1999.Portalda

Legislação.Brasília.Disponível em: http:
//www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 22, nov. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 9.799, de 26 de maio de 1999**. 26 de maio de 1999. Casa CivilSubchefia para Assuntos Jurídicos. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulheraomercado de trabalho e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília,27 maio de 1999. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9799.htm. Acesso em 22, nov. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em:
https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10619582/artigo-113-da-constituicao-federal-de- 16-de-julho-de-1934. Acesso em: 13, nov. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em:
https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10613405/artigo-164-da-constituicao-federal-de- 18-de-setembro-de-1946#:~:text=Setembro%20de%201946-,Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de%2018%20de%20Setembro%20de%201946,de%20fam%C3%ADlias%20de%20prole%20numerosa. Acesso em: 13,nov. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13, nov. 2020.

_____. **Consolidação das leis do trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19, nov. 2021.

_____. **PANDEMIA, home office e a proteção da mulher**. Tribunal Superior do Trabalho**.** 8, mar.2021. Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/guest/-/pandemia-home-office-e-a-prote%C3%A7%C3%A3o-do-trabalho-da-mulher. Acesso em: 23, set. 2021.

_____. **ADI 5938**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-205 DIVULG 20-09-2019 PUBLIC23-09-2019.

BRUSCHINI, C.; LOMBARDI, M. R. Instruídas e trabalhadeiras Trabalho feminino nofinal do século XX. **Cadernos Pagu**. Campinas, SP, n. 17-18, p. 157-196, 2016.Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8644559. Acesso em: 13, nov. 2020.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direito do trabalho da mulher: ontem e hoje. 30abr.2007. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em:
https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-40/ direito-do-trabalho-da-mulher-ontem-e-hoje/. Acesso em: 22 nov. 2021.

DENZIN, N. K. e LINCOLN, Y. S. **Introdução: a disciplina e a prática da**

**pesquisaqualitativa**. In: DENZIN, N. K. e LINCOLN, Y. S. (Orgs.). O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens. 2. ed. Porto Alegre:Artmed, 2006. p. 15-41.

PORTAL PÓS. **Evolução das mulheres no mercado de trabalho.** 16 mar 2020. Disponível em: https://blog.portalpos.com.br/evolucao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho/. Acesso em: 24 nov. 2021.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. **Revista EstudosFeministas**, [S.L.], v. 12, n. 1, p. 47-71, abr. 2004. FapUNIFESP(SciELO).
Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/s0104-026x2004000100004. Acesso em:23nov. 2021.

FERREIRA, Alfredo Manuel de Azevedo. Discriminação da mulher no mercado de trabalho. **Revista Jus Navigandi,** ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3551, 22, mar. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/24024. Acesso em: 13 nov. 2020.
REILEBEN, Fairuce Angélica da Costa. CARVALHO, Adriana de Souza. **O movimento feminista no Brasil: Trajetórias e conquistas**, 06 de agosto de 2019.Disponivel em: https://naomekahlo.com/o-movimento-feminista-no-brasil- trajetoria-e conquistas/#:~:text=Cabe%2C%20enfim%2C%20considerar%20que%20o,maior%20participa%C3%A7%C3%A3o%20feminina%20na%20sociedade. Acesso em: 13, nov. 2020.

FUHRMANN, Rafaela. Reforma Trabalhista: trabalho insalubre por gestantes elactantes. 14 jun. 2019. **Saj Adv**. Disponível em: https://blog.sajadv.com.br/reforma-trabalhista-trabalho-insalubre-gestante/.
Acesso em: 24 nov. 2021.

GOMES, Orlando. **Curso de direito do trabalho**. 6ªed. Rio de Janeiro,Forense,1976.

GUEDES, M. Mulheres ganham 77,7% do salário dos homens no Brasil, diz IBGE.**CNN Brasil**. Rio de Janeiro, 4 mar. 2020. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/mulheres-ganham-77-7-dos-salarios-dos-homens-no-brasil-diz-ibge/. Acesso em: 22 nov. 2021.

IBGE, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA**. Síntese de indicadores sociais**: Uma análise das condições de vida da população brasileira -2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 20 nov. 2018.

JENSEN, Simone Cristina. A Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintesde1988. 14 dez 2020. **Jornal das Relações Internacionais**. Disponível em: http://jornalri.com.br/2020/a-carta-das-mulheres-brasileiras-aos-constituintes- de-1988. Acesso em: 24 nov. 2021.

JUSTEN, Andréia; KOOL, Solange Lúcia Heck. A (in)constitucionalidade do artigo384 da Consolidação das leis do trabalho à luz do princípio da igualdade**. RevistaEletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas daUNIVALI. v. 2, n.3, p.

40-51, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044. Acesso em: 23 nov. 2021.

Lopes, Cristiane Maria Sbalqueiro. "Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção". **Cadernos Pagu**, no 26, junho de 2006, p. 405–30. DOI.org (Crossref),https://doi.org/10.1590/S0104-83332006000100016. Acesso em: 21 nov. 2021.

LUZ, Alex Faverzani da; FUCHINA Rosimeri. A evolução histórica dos direitosda mulher sob a ótica do direito do trabalho. In: II SEMINÁRIO NACIONAL DECIÊNCIAPOLÍTICA DA UFRGS. 2018, Porto Alegre. **Anais eletrônicos.** Portoalegre: UFRFS, 2018. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigoalex.pdf. Acesso em: 21 nov. 2021.

MUNIZ, Marize. Mulheres ganham 22% menos do que os homens no País, revelaDIEESE. **Central única dos trabalhadores (CUT)** São Paulo, 03, mar. 2020. Disponível em: https://www.cut.org.br/noticias/mulheres-ganham-22-menos-do-que-os-homens-no-pais-revela-dieese-e98. Acesso em: 13, nov. 2020.

NETO, Valdemar Pinho. MACHADO Cecilia. Mulheres perdem trabalho apósterem filhos. **Fundação Getúlio Vargas**, 2018. Disponível em: <https://portal.fgv.br/think-tank/mulheres-perdem-trabalho-apos-terem-filhos.>Acesso em: 10, out. 2020.

OST, Stelamaris. Mulher e mercado de trabalho**. Revista Âmbito Jurídico.** 1maio2009. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista- 64/mulher-e- mercado-de-trabalho/#_ftn1. Acesso em: 12, nov. 2020.

PEREIRA, Leonellea; LIMA, Magna Simone Albuquerque de. Da proteção àpromoção do trabalho da mulher. **Revista Âmbito Jurídico.** 30 de set 2007. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-45/da- protecao-a-promocao-do-trabalho-da-mulher/. Acesso em: 22 nov. 2021.

SÁ, Ana Paula Suitsu de. A questão da igualdade de gênero nas constituições brasileiras. **Revista Âmbito Jurídico**, ano 17, 01 de novembro 2017. Disponívelem: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-questao-da-igualdade-de-genero-nas-constituicoes-brasileiras.> Acesso em: 13, nov.2020.

SANTOS, Tarciana de Lima; JÚNIOR, Miguel Ângelo Nery Boaventura. Reforma Trabalhista: Implicações no direito da mulher. **Revista Jurídica Facesf**, Belém do São Francisco-PE, v.1, n.2, 2019. Disponível em: <https://periodicosfacesf.com.br>.Acesso em: 22, nov. 2021.

SILVA, Jessica Lourenço Barboza da. A proteção do trabalho da mulher e os impactos da reforma trabalhista. **Revista Âmbito Jurídico.** 3 set 2019. Disponívelem: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/ a-protecao-do- trabalho-da-mulher-e-os-impactos-da-reforma-trabalhista/. Acesso em: 22 nov. 2021.

SILVA, Ruan César Pimentel da. BONINI, Luci Mendes de Melo. Igualdade degênero no mercado de trabalho: um sonho ainda distante. **Revista Jus Navigandi.** 05 de 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/66327/igualdade-de-genero-no-mercado-de-trabalho- um-sonho-ainda-distante/2. Acesso em: 13, nov. 2020.

SOUZA-LOBO, Elisabeth.1991b. Mulheres, feminismo e novas práticas sociais.In: SOUZA-LOBO, Elisabeth. **A classe operária tem dois sexos**: trabalho, dominaçãoe resistência. São Paulo, Brasiliense, 1991. p. 219-228.

SOUSA, Luana Passos de; GUEDES, Dyeggo Rocha. **A desigual divisão sexual do trabalho: Um olhar sobre a última década**. Estudos Avançados. vol.30, n. 87,MaiAgo. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103- 40142016.30870008>. Acesso em: 24 nov. 2021.

RAGO, Margareth. Trabalho feminino e sexualidade. In: **História das mulheres no Brasil.** Mary Del Priore (Org); Carla Bassanezi (Coord). São Paulo: Contexto, 2000.

# ORASAM ACADEMICA – PADRE MIGUELINHO

"Em vam, Senhores, os inimigos das Sciencias, e das Artes nos convidam indiscretamente a deixa-las, ou ao mesmo nos querem fazer envergonhar do seo estudo, apontando-no os abusos lastimosos que delas se tem feito no meyo das Nasõis mais cultas. Eu apelo, senhores, para o incorrupto Tribunal da Razam, e da Experiência. Por ventura os espectaculos deliciosos de hum povo pacifico, descansado á sombra da sabedoria, seram mais orrorosos, ou faram mais corrupsam nos costumes, e dam-nos no Estado do que os da desenfreada liberdade e as tristes scenas da devastadora guerra? Seram mais para se temerem os abios, e os Artistas, do que os fogosos e bárbaros, que não conhecem mais o direito, que o do ferro, e não tem outra profisam mais que a de tudo redusir a fogo e sangue? A ambisam de um Príncipe, que cultiva as Artes será mais perigosa que hum déspota, que sacrifica tudo aos seos interesses e fás do seo Estado o verganhoso theatro das suas extravagancias, e paixõins?

Os raciocínios, os sofismas mesmos de hum filosofo corrompido, e libertino, a liberdade de pensar, as mesmas blafemias de hum espirito forte dos do nosso século seram acaso mais perniciosos á Religiam e ao Estado, do que o sego fanatismo da ignorancia, que tem produsido os mayores crimes, as mais horrorosas desordens na Igreja e no Imperio? A mesma França, a quem com justíssimas rasõins se repreende o abuso fatal que tem feito das sciencias, e Artes, tem visto porventura neste século de anarchia, e de libertinismo scenas mais horrorosas e sanguinárias do que nos séculos escuros da ignorancia e do fanatismo? Luiz XVI debaixo do ferro da guilhotina depois de ser sacrilegamente sentenciado pelo Corpo da Nasan será capás e nos inspirar mais orror de que o infelizes filhos de lodoiro filho imediato de Clovis, que tinha firmado apenas nos primeiros fundamentos da Monarquia Francesa, mortos apunhalados clandestinamente feitos miseráveis vitimas das ambiçoes de seu Tio? Luiz XVI debaixo do ferro da guilhotina é um espectaculo mais orroroso do que dés reis sucessivamente sacrificados á furia da ímpia e infernal Brunehaut, que anexo em outro tepo a França de orrores e foi a Authora de mil crimes igualmente funestos ao Povo Frances, que a Real Família de Clovis? Luiz XVI finalmente, debaixo do ferro da guilhotina hé capás de nos inspirar mais orror do que Henrique 3.º assassinado pelas mãons parricidas de hum Dominico? (3) As interpresas e os arroubos da Assembléa nacional contra a Casa de Bourbon foram mais ilegais, mais injustas, mais tiranas do que os procedimentos e atentados dos antigos Mayres do Povo

contra a Casa Merovíngiana? As mortes, os incendios, as profanaçõens destes dias funestíssimos, que tem visto Paris, tem sido mais ororrosos, e exciciaes do que os da tenobrosíssima noite de São Bartolomeu? Mas que, meus Senhores, sou eu porventura apologista desses insebsatos Monarcomacos, inimigos dos Reys e da Patria, das Leys e da sociedade? Nam, senhores, confesso os seos crimes; a crua barbaridade; o seo erro; a sua doutrina; e sentimento incendiários; porém, crimes, barbaridades e erros, doutrina e sentimentos menos xeios de orror do que eses que inspira a ignorancia e o fanatismo.

Pode-se abusar das sciencias; hé verdade, mas ese mesmo abuso hé menos pernicioso e criminal do que os efeitos tristissimos de hua ignorancia cega. A sabedoria ainda no ponto de seo mayor abuso só xega até dar ao vício as cores aparentes da virtude, desmascarar os mais feyos atentados contra o Rey e contra a Patria, com o véo specioso (e enganador) da Liberdade e Patriotismo; mas esa mesma necessidade em que as Lusesda Razam tem posto os criminosos e os malvados de ocultarem o seu negro caracter debaixo de imagens impostoras, serve de mayor elogio as mesmas sciencias, e a verdade. E se a França libertinae escandalosa tem aprendido a arte detestavel de abusar das grandes luzes das sciencias e das Artes, o nosso Portugal, a Inglaterra, e o Imperio, armados da verdadeira sabedoria e as saã Politica não tem sido as firmes muralhas e bronze onde e tem vindo desfazer todo o seos plainos revolucionários? Se em outro seculo menos iluminado do que o noso tivesse leventado no negro estandarte da anarquia e da rebeliam, não teria xegado a seduzir os povos, e não teria assustado o universo com as suas victorias e progresos? O falso Profeta de Meca, plantando hua doutrina mais absurda, e menos speciosa foi visto tristemente subjugar hua parte do globo, a França que sabe cavilosamente mascarar os seos erros e crimes debaixo dos sedutores nomes de Liberdade, e de Igualdade, que fez a detestável descoberta de hua doutrina, que reúne tudo quanto é necesario para iludir a Razam, não teria feito gemer todo o Universo, e estendido os infectos ramos da arvore da liberdade sobre a terra se as Luzes da sciencia lhe não tivesse obstado? Os plainos e doutrinas dos Mirabeaux, dos chabots, e dos Condordets teriam infeccionado a Europa toda. Se oje os Rodrigos do Ministerio de Portugal, os Pitts, no Gabinete de S. Jaime, e os Barõens de Shugut no Conselho de Vienaos não tivesse transtornado, desfeito, confundido. Apezar, pois do pernicioso abuso que das sciencias e das Artes posam fazer os homens criminosos, sam elas verdadeiramente as que reunem os Póvos na união da verdadeira fraternidade. As que adoram o caráter duro do agreste da natureza, as que ilustram os seos entendimentos, pulem os seos costumes,

mostram-lhe os seos deveres, e os fazem gostar os deliciosos prazeres da vida social, como boens cidadaons: elas fazem tambem o verdadeiro Catholico. Temos visto como elas promovem a felicidade do Estado, pasemos a ver como elas firmam, e enobrecem a verdadeira Religiam."

## REFERÊNCIAS

COSTA JÚNIOR, Lourival Cassimiro da. **A Participação da Capitania do Rio Grande do Norte e os Maçons Potiguares na Revolução pernambucana de 1817**. Natal: Ofsset. 2017. p.228-231.