

Profa. Ms. Janaína Silveira Soares Madeira  
Profa. Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso  
Organizadoras

# ANAIS



**7 a 11 de outubro de 2019**

Joinville, 2020



## COMISSÃO CIENTÍFICA

Presidente: Profa. Ma. Janaína Silveira Soares Madeira – Direito Univille  
Vice-Presidente: Profa. Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso – Direito Univille / MPC

### Membros:

Prof. Esp. Anna Lethicia dos Santos  
Profa. Ms. Beatriz Regina Branca  
Prof. Ms. Carlos Alberto Hartwig  
Prof. Dr. Claudio Melquiades Medeiros  
Prof. Esp. Daniel de Oliveira  
Prof. Ms. Décio Luiz Otero Júnior  
Profa. Dra. Fernanda Brandão Lapa  
Prof. Ms. Frederico Wellington Jorge  
Profa. Ms. Helena Schiessl Cardoso  
Professor Ms. João Fábio Fontoura  
Profa. Ma. Katja Elizabeth Fuxreiter  
Profa. Ms. Luciana Altmann Tenorio  
Prof. Ms. Nestor Castilho Gomes  
Profa. Dra. Patrícia de Oliveira Areas  
Profa. Ms. Séfora Cristina Schubert  
Profa. Dra. Sirlei de Souza  
Prof. Dr. Waldemar Moreno Junior

**ISBN978-85-8209-097-8**

### Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da Univille

S471a            Semana Acadêmica de Direito da Univille (4. : 2019 : Joinville, SC)  
                    Anais SADU: IV Semana Acadêmica de Direito da Univille / Janaína  
                    Silveira Soares Madeira, Luana de Carvalho Silva Gusso, organizadoras. –  
                    Joinville, SC : Editora Univille, 2020.

330 p. : il.

1. Direito. 2.        Direito civil. 3. Direito penal. 4. Direitos humanos. 5.  
Direito do trabalho. 6. Direito previdenciário. 7. Direito constitucional. 8. Direito de  
família. I. Madeira, Janaína Silveira Soares (org.). II. Gusso, Luana de Carvalho Silva  
(org.).

CDD 340

Elaborada por: Ana Paula Blaskovski Kuchnir – CRB 14/1401

**O conteúdo destes Anais é de exclusiva responsabilidade dos(as) seus(uas) autores(as).**

## Sumário

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	6
<b>GRUPO DE TRABALHO: EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL</b>	
<b>O DIREITO À MORADIA DIGNA E O DÉFICIT HABITACIONAL NA CIDADE DE JOINVILLE – SC: UMA ANÁLISE DO ALCANCE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	8
Albano Francisco Schmidt / Eliandro Jaques Gonçalves	
<b>O PROCESSO DE ADOÇÃO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTADO</b> .....	18
Brígida Gabriele Rocha / Janaina Silveira Soares Madeira	
<b>A (DES)CONSTRUÇÃO DO GÊNERO NA INFÂNCIA: AS CRIANÇAS TRANSEXUAIS</b> .....	33
Carina Finder Prochnow / Euller Godinho / Kariny Mariana Toledo dos Santos	
<b>O PARADOXO DA EUTANÁSIA E DA AUTONOMIA DA VIDA: UM ESTUDO ACERCA DA “BOA MORTE”</b> .....	41
Carina Finder Prochnow / Euller Godinho / Kariny Mariana Toledo dos Santos	
<b>O DIREITO DO ADOTADO À IDENTIDADE BIOLÓGICA</b> .....	47
Joana Maria da Silva Alves / Janaína Silveira Soares Madeira	
<b>O APADRINHAMENTO AFETIVO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELA PESSOA JURÍDICA</b> .....	61
Joelma de Amorim / Janaina Silveira Soares Madeira	
<b>A MONETIZAÇÃO DO AFETO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A ADMISSÃO DA REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO</b> .....	70
Karine Hernaski / Janaína Silveira Soares Madeira	
<b>EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO ENSINO SUPERIOR: O DESAFIO DO ATENDIMENTO JURÍDICO AOS IMIGRANTES HAITIANOS REALIZADO PELO EMAJ</b> .....	85
Kawanna Alano Soares / Alessandra Lopes dos Santos / Sirlei de Souza	
<b>CERTIFICAÇÃO QUILOMBOLA: O CASO DO BECO DO CAMINHO CURTO COMO UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	92
Lucas Sommerfeld / Pablo Alexandre Mendes Nunes / Sirlei de Souza	
<b>VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES: A MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NO ESTADO DE REFÚGIO</b> .....	99
Yasmin Giovana Zopellaro	
<b>GRUPO DE TRABALHO: SEGURANÇA PÚBLICA</b>	
<b>DE DENTRO PARA FORA: A VÍTIMA COMO PARTE FUNDAMENTAL NA RESSIGNIFICAÇÃO DOS CONFLITOS PELA ÓTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA</b> .....	107
Natalia Maiochi	
<b>ANÁLISE ESTÁTICA DOS ATOS INFRACIONAIS COMETIDO POR MENORES INFRADORES NO MUNICÍPIO DE JOINVILLE/SC</b> .....	114
Pedro Henrique Padua Mello	
<b>A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL</b> .....	119
Rafael de Borba Silva / Janaina Silveira Soares Madeira	
<b>GRUPO DE TRABALHO: DIREITO DO TRABALHO E PREVIDENCIÁRIO</b>	
<b>O CONFLITO DE NORMAS APLICÁVEIS AOS TRABALHADORES DE NAVIOS DE CRUZEIRO</b> .....	136
Elen Cristina Borges / Luis Felipe do Nascimento de Moraes	

<b>APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMO FERRAMENTA ALTERNATIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO TRABALHO .....</b>	<b>145</b>
Joseane Sievert / Carlos Alberto Hartwig	
<b>REFORMA TRABALHISTA: MODERNIZAÇÃO OU PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS? .....</b>	<b>154</b>
José Maria Magno Nunes Junior / Janaina Silveira Soares Madeira	
<b>TRABALHO DA MULHER E DESIGUALDADE SALARIAL: DE QUEM É A CULPA? .....</b>	<b>170</b>
Kauana Pricila Bueno Rech / Carlos Alberto Hartwig	
<b>A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA.....</b>	<b>179</b>
Michely Fernanda Mundel / Valdir Bittencourt Júnior	
<b>UMA ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO SOB A ÓPTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>188</b>
Taís Grillo Martins	
<b>TRABALHO INTERMITENTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>198</b>
Tanilson Alves de Sousa	
<b>GRUPO DE TRABALHO: CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA</b>	
<b>INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E EDIÇÃO DE NORMA REGULAMENTADORA: ANÁLISE DA ADO DE N°. 26 .....</b>	<b>207</b>
Horan Bortolotti Czernay	
<b>O PROBLEMA DA EUTANÁSIA EM DWORKIN .....</b>	<b>213</b>
Moisés Novaes	
<b>A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>224</b>
Rogelson Luiz Vieira Júnior / Foed Saliba Smaka Junior	
<b>GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS CULTURAIS, CRIMINOLOGIA E JUSTIÇA SOCIAL</b>	
<b>JUSTIÇA RESTAURATIVA: FUNDAMENTOS PRINCIPOLÓGICOS E NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS PARA SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>234</b>
Fabíula Gabrielli Sura / Sarah Francine Schreiner	
<b>A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424/DF NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.....</b>	<b>244</b>
Láisa Rohrbacher / Sarah Francine Schreiner	
<b>JUSTIÇA RESTAURATIVA: POSSIBILIDADES E LIMITES DE SUA APLICAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>251</b>
Gabriel Langaro Ortega / Marina Carmisin Barbosa / Thaís Cristina Lara Fettback / Helena Schiessl Cardoso	
<b>O ESTUPRO MASCULINO NO CÁRCERE E A PROLIFERAÇÃO DE DOENÇAS .....</b>	<b>258</b>
Gabriela Crema Adriano / Stephani Leismann Cavaco	
<b>DIREITO E LITERATURA: UMA NECESSÁRIA VISÃO JURÍDICA INTERDISCIPLINAR A PARTIR DE FRANZ KAFKA .....</b>	<b>264</b>
Matheus Cristhian Kunze	
<b>DIREITO À MANIFESTAÇÃO CULTURAL X PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: UMA DESCONSTRUÇÃO DA ADI 4.983 .....</b>	<b>274</b>
Tanilson Alves de Sousa	

## **GRUPO DE TRABALHO: DIREITO, INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO**

<b>ALTERAÇÕES NO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PERANTE O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA DECORRENTES DA APLICAÇÃO DA LEI N.º 12.529/2011: A INSTITUIÇÃO DO CONTROLE PRÉVIO E A MODIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS PARA SUBMISSÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO.....</b>	<b>286</b>
---	------------

Everton das Neves Gonçalves / Joana Stelzer / Amanda Karolini Burg

<b>O PAPEL DA BOLSA DE VALORES FRENTE AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A GESTÃO DE COMPLIANCE: ÍNDICE DE SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL - ISE .....</b>	<b>292</b>
---	------------

Ingrid Mônica Granemann Adamcheski / Júlia Maria de Moura / Renan Dolny Baptista / Beatriz Regina Branco / Waldemar Moreno Junior

<b>A RESPONSABILIDADE DOS “PRESTADORES DE SERVIÇOS DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO” EM RELAÇÃO ÀS INFRAÇÕES DE DIREITOS AUTORAIS DA INTERNET FRENTE A DIRETIVA 2016/0280 (COD) PROPOSTA NA UNIÃO EUROPEIA .....</b>	<b>298</b>
--	------------

Matheus de Lucas Theis Poerner / Patrícia de Oliveira Areas

## **GRUPO DE TRABALHO: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**

<b>CRAS E PROGRAMA DE EXTENSÃO DO JUIZADO ESPECIAL DA UNIVILLE .....</b>	<b>307</b>
--	------------

Anna Maria Reginini Goiacomin / Emanuelle Darossi / Karoline Cardoso da Silva / Leonardo Henrique Mariano Fontes  
Beatriz Regina Branco

<b>A NULIDADE DA DECISÃO ARBITRAL EM PROCEDIMENTO QUE DESCUMPRE REQUISITO DE MEDIAÇÃO PRÉVIA EM CONTRATOS EMPRESARIAIS COM CLÁUSULA ESCALONADA MED-ARB.....</b>	<b>317</b>
---	------------

Bruna Leticia Trupel / Vanessa Bussolo Brand

<b>A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: BREVE ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N.º. 13.146/2015 .....</b>	<b>325</b>
--	------------

Carolina Machado Jacomozzi / Sarah Francine Schreiner

<b>O PRINCÍPIO SISTÊMICO DO EQUILÍBRIO, AS ORDENS DA AJUDA E A RELAÇÃO CLIENTE-ADVOGADO ...</b>	<b>330</b>
---	------------

Marcelle Stähelin

## APRESENTAÇÃO

A IV Semana Acadêmica de Direito da Univille – SADU foi um evento realizado entre os dias 07 a 11 de outubro de 2019, consolidando o projeto de aproximação do corpo discente e docente dos pilares universitários: o ensino, a pesquisa e a extensão. A semana teve início com uma CONFERÊNCIA DE ABERTURA com palestras proferidas por magistrados e desembargadores na Aula Magna da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. Ao longo da semana foram ofertados 20 (vinte) MINICURSOS realizados por professores da UNIVILLE, convidados de outras IES e profissionais renomados, incluindo participações muito especiais como a dos membros das Comissões da OAB Joinville de Direito Sistemico e Direito dos Animais; servidores da Procuradoria do Estado; da Companhia Águas de Joinville; do Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar; da equipe técnica do Lar Abdon Batista e do INSS, que receberam os acadêmicos em 2 (duas) visitas técnicas realizadas no órgão previdenciário. Nos 07 (sete) GRUPOS DE TRABALHO – GT, foram realizadas as sessões de apresentações orais dos 48 (quarenta e oito) trabalhos aprovados, além da realização do V CONGRESSO DE DIREITO DA UNIVILLE - CDU. Para finalizar a CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO contou com a OAB TALKS promovida pela Comissão da Jovem Advocacia da OAB Joinville e com o Espetáculo: A Farsa do Juiz, encenado pelo Grupo de Teatro Canto do Povo.

Os adventos tecnológicos, a popularização das ferramentas digitais e a expansiva complexidade do ordenamento jurídico atual exigem um novo profissional do direito, assim, a temática escolhida para a IV SADU foi: DIREITO, INOVAÇÃO E CIDADANIA. Dessa forma, a IV SADU visou à consolidação de uma cultura acadêmica comprometida com a formação jurídica atual e de excelência, sensível às demandas do Direito 4.0, sendo espaço para a publicização e debates de pesquisas jurídicas realizadas pela comunidade acadêmica de nossa Cidade e Região, e como resultado final, nestes ANAIS encontra-se parte dos resultados de uma semana de iniciação científica comprometida com os desafios do ensino jurídico e de investigações acadêmicas compromissadas com a promoção do direito, inovação e cidadania.

Agradecemos a todos os participantes que fizeram da IV SADU uma oportunidade única de especiais encontros para o Curso de Direito da Univille.

Professora. Ma. Janaína Silveira Soares Madeira  
Professora Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso  
Presidente e Vice-Presidente da Comissão Científica

# SADU

IV Semana Acadêmica de Direito da Univille



GRUPO DE TRABALHO: EDUCAÇÃO, DIREITOS  
HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL





# O DIREITO À MORADIA DIGNA E O DÉFICIT HABITACIONAL NA CIDADE DE JOINVILLE – SC: UMA ANÁLISE DO ALCANCE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Albano Francisco Schmidt<sup>1</sup>  
Eliandro Jaques Gonçalves<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Secretaria de Habitação de Joinville apresenta como déficit habitacional um número equivalente a 2% de sua população, o número é inferior à média nacional de 9,3%. O déficit apresentado é baseado em um cadastro de pessoas que procuram a secretaria para realizar a sua inscrição em programas habitacionais. Observado o crescimento nas zonas de ocupações irregulares, é possível que o déficit apresentado não corresponda com a realidade do município. O objetivo da presente pesquisa é discutir o direito à moradia – digna - na cidade de Joinville e o alcance das políticas habitacionais frente ao déficit habitacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Direito à Moradia Digna. Justiça Social. Déficit Habitacional.

## ■ INTRODUÇÃO

A dificuldade de acesso à moradia digna é fator fundamental para o crescimento das desigualdades nas cidades e elementos que deveriam ser considerados mínimos para uma moradia digna se tornam objeto de especulação imobiliária, segregando as pessoas por extratos de renda. De acordo com o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, apenas 52% das habitações no Brasil têm condições adequadas para moradia, excluindo cerca de 2,3 milhões de domicílios de serviços essenciais (IBGE, 2010).

A carência habitacional não é um problema recente no Brasil: a precariedade das moradias da população negra, por exemplo, se agravou nos primeiros anos pós abolição da escravatura. Oliveira e Sousa (2014) defende que esse quadro não sofreu grandes alterações comparado com o cenário atual. Através de uma observação empírica nas regiões periféricas de Joinville é possível chegar a mesma conclusão. Entretanto, o quadro apresentado pelos números oficiais da secretaria de habitação revela outro cenário. Esse entrelaçamento de dados permite levantar razoáveis questionamentos: como está, efetivamente, a situação do município? Os números apresentados pelo Governo mostram uma cidade muito próxima da concretização de fato do direito à Moradia digna. Essa colisão de realidades traz a necessidade de uma análise atenta do déficit habitacional de Joinville e as políticas públicas que visam garantir o Direito de moradia digna.

<sup>1</sup> Doutorando em Patrimônio cultural Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Professor de Direito Societário e do Consumidor na UNISOCIESC. E-mail: albanodireito@gmail.com.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito da UNISOCIESC.



## ■ 1. O DIREITO A MORADIA DIGNA

O Direito à moradia digna deriva do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse direito, embora ainda não consolidado de forma efetiva, é uma conquista recente no ordenamento jurídico. Ele encontra-se de forma positivada pela primeira vez na constituição mexicana de 1917, que em seu artigo 4º assegura: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo” (MÉXICO, 1917). Embora a natureza do artigo seja de eficácia contida<sup>3</sup>, é possível considerar o texto moderno para sua época, uma vez que ele associa o direito à moradia com a palavra digna, esse conceito é omitido inclusive dos tratados internacionais posteriores.

No âmbito internacional o direito à moradia surge em 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH). O tratado em seu artigo XXV, apresenta um rol de direitos sociais, econômicos e culturais. Incluído nessa lista de direitos se encontra o direito à “Habitação”, que o tratado apresenta de forma modesta, sem caracterizar as nuances do mesmo. Em que pese sua precariedade, esse artigo serviu de base para a inclusão do direito à moradia em outros tratados posteriores, como como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais (PIDESC) que em seu artigo 11 disciplina que:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e **alojamento suficientes**, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Nota-se que o PIDESC, da mesma maneira que o DUDH, não especifica o que seria esse alojamento, apenas acrescenta a palavra suficiente, embora o termo por si só não traz uma definição conclusiva, de forma implícita sugere que a moradia tenha elementos necessários para a subsistência. Esse tratado foi ratificado pelo Brasil apenas no ano de 1992 com o decreto legislativo 591. No país, a concretização desse direito aconteceu de forma lenta e tardia, primeiro de forma infraconstitucional, como na Lei Federal 6.766/1979. Essa lei possibilitava a administração pública a regularizar loteamentos ocupados de forma ilegal.

Em análise constitucional, cumpre frisar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) não apresentou um dispositivo específico para o tema, o que leva Gazola (2018), a concluir que “o direito à moradia só pode ser depreendido a partir de uma interpretação sistemática<sup>4</sup>”, o que possibilita observar direito apenas nas entrelinhas em alguns dispositivos constitucionais.

No corpo do texto constitucional, tem-se primordialmente os seguintes artigos:

Art. 7º, inc. IV, segundo o qual o salário mínimo deve ser capaz de atender as necessidades básicas da família, nessa lista de necessidade o artigo cita a palavra “moradia”;  
art. 24, inc. IX, ao determinar as competências da União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, cita a responsabilidade de “promover programas de construção de moradias, bem como a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”;  
art. 5º, inc. XXII, lido em conjunto do art. 170, inc. III, e art. 182, § 2º, que abordam a função social da propriedade;  
arts. 183 e 191, que disciplinam acerca da usucapião.

<sup>3</sup> As normas constitucionais de eficácia contida seriam aquelas que o constituinte regulou os interesses relativos a determinado assunto, mas possibilitou que a competência discricionária do poder público restringisse o assunto

<sup>4</sup> Interpretação Sistemática Procura extrair o conteúdo da norma jurídica por meio da análise sistemática do ordenamento jurídico. Uma vez que este não é lógico. Quem irá colocar lógica no sistema é o intérprete ou o cientista do Direito. Parte-se sempre da interpretação gramatical, analisando-se os vários dispositivos legais até se chegar a uma conclusão interpretativa.

Parece claro, desse modo, que o direito à moradia está presente, mesmo que de forma dispersa, na CRFB/88. Essa formatação, todavia, não pareceu ser suficiente para impulsionar políticas públicas a respeito e tão pouco a conduzir uma reflexão acerca do que é moradia digna.

Doze anos após a sua promulgação, com o advento da emenda constitucional nº 26 de 2000, o direito à moradia é fixado de forma clara no rol dos direitos sociais no artigo 6º:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, **a moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 2000, grifo nosso).

Conforme observa-se na tabela 1, a positivação do direito à moradia digna foi fruto de um processo lento e gradual no cenário mundial. Nesse período de normatização, o Brasil aparece recentemente nesse cenário. A consolidação de fato do direito é um processo que está em curso, cuja participação popular através da democratização desse direito é uma ferramenta fundamental para sua aplicação:

**Tabela 01:** Evolução do Direito a moradia digna

<b>1917</b>	<b>Constituição mexicana</b> “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.”
<b>1948</b>	<b>Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH)</b> , Habitação incluída entre os direitos Sociais.
<b>1966</b>	<b>O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)</b> foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU), <b>Alojamento suficientes.</b>
<b>1979</b>	<b>Lei Federal 6.766/1979.</b> Essa lei possibilitava a administração pública a regularizar loteamentos ocupados de forma ilegal.
<b>1988</b>	<b>Constituição federal</b> : Art. 7.º, inc. IV, “salário mínimo deve ser capaz de atender as necessidades básicas da família, moradia
<b>1992</b>	<b>Decreto legislativo 591</b> , Ratifica o <b>O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).</b>
<b>2000</b>	<b>Emenda constitucional nº 26 de 2000</b> , o direito à moradia é fixado de forma clara no rol dos direitos sociais do artigo 6º

Fonte: elaboração própria.

## ■ 2. DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

O direito à moradia é uma conquista popular. Após um longo período no qual o Brasil viveu sob um estado ditatorial, a sua positivação foi uma grande conquista para a sociedade, contudo existe um caminho longo entre a positivação e a concretização do direito. Embora a tutela do direito esteja sob o poder do estado, a participação popular é indispensável para sua solidificação. Essa participação é garantida por uma lei complementar prevista pela constituição que leva o nome de Estatuto da Cidade.

### 2.1 ESTATUTO DA CIDADE, PLANO DIRETOR E A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

A Ementa Constitucional nº de 2001 foi um marco para a positivação do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, considera-se o divisor de águas para uma busca pela consolidação de fato o Estatuto da Cidade: ele foi o responsável por estabelecer o

desenvolvimento do conceito de moradia digna apresentando elementos básicos para ela como os conceitos saneamento básico, lazer, mobilidade urbana, entre outros.

O Estatuto é fruto de um processo histórico. Anterior ao advento da constituição que em 1988 regulamentou a sua criação, existiam movimentos sociais que lutavam por reforma urbana, entre esses movimentos, o MNRU (Movimento Nacional da Reforma Urbana), responsável pela elaboração da emenda popular pela reforma urbana, submetida à Assembleia Nacional Constituinte em 1987/88 (CORREIA e CATETE, 2001). O MNRU apresentou a emenda constitucional que incluía o capítulo de política urbana na CRFB/88, contudo o único artigo da emenda popular incluído no texto foi o que tratava do usucapião especial para fins de moradia e previsão para regulamentação do Estatuto da Cidade, nos artigos. 182 e 183 que passaram a ser a grande reivindicação do movimento no início da década de 90 (BASSUL, 2005).

Em 10 de julho de 2001 é sancionada a **Lei no 10.257** que tardiamente regulamentou os artigos 182 e 183 da CRFB/88. A maior conquista dos movimentos sociais que lutaram pela sua criação é o dispositivo que prevê sua regulamentação, onde a Gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (BRASIL, 2001).

A garantia de uma gestão democrática é estabelecida pelo Plano Diretor de cada região, que conforme o artigo 39 do Estatuto da Cidade, visa “o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas” (BRASIL, 2001), estabelecido através de participação popular. Rolnik (1997) relaciona o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor usando a analogia que o primeiro é uma caixa de ferramenta a serviço dos municípios e o segundo é a chave que dá o acesso a essa caixa.

## 2.2 DIREITO À MORADIA DIGNA E RESPONSABILIDADE DOS GOVERNOS MUNICIPAIS

Embora o artigo 23, IX da constituição delegue a todos os entes da Federação a competência de realizar o planejamento da política habitacional, não cabe ao município ficar inerte esperando ações da União e dos estados. Como o município é o ente mais próximo da realidade habitacional, cabe a eles identificar as demandas e criar meios para garantir o direito à moradia digna, como disciplina o artigo 182 da Constituição: a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (BRASIL, 1988).

Uma vez tomada a iniciativa por parte do governo municipal, os estados e a União entram de forma subsidiária com repasses de verbas ou de forma direta através de programas habitacionais, cujo maior exemplo é o programa “Minha Casa, Minha Vida – MCMV”. Na ausência destes o direito é garantido primariamente pelas políticas municipais.

## ■ 3. A SITUAÇÃO DOS PROGRAMAS HABITACIONAIS DA CIDADE DE JOINVILLE / SC

Na cidade de Joinville as políticas habitacionais ficam a cargo da Secretaria de Habitação (SEHAB), órgão da Administração direta do município de Joinville, cuja finalidade é, de acordo com a Lei Complementar nº 495/2008, “promover a política habitacional sustentável do Município, buscando ações que reduzam o déficit habitacional” (JOINVILLE, 2018). O órgão não está vinculado à Secretaria de Assistência Social - SAS como é comum na maioria dos municípios brasileiros.

### 3.1 DÉFICIT HABITACIONAL EM JOINVILLE

De acordo com números oficiais da SEHAB, apresentados no Plano de Habitação e Interesse Social - PHIS, o município possui um déficit habitacional de 5,84% do total de domicílios, número consideravelmente inferior ao déficit habitacional do estado de Santa Catarina que é de 7,6% e o nacional 9,3%, segundo números do IBGE (2017).

A discrepância entre o déficit habitacional da cidade com a média nacional e estadual pode ser questionada na origem dos dados, visto que IBGE e SEHAB adotam metodologias diferentes para aferir os índices apresentados. Para os fins da pesquisa optou-se por adotar os índices apresentados pela SEHAB local, uma vez que são essas informações que efetivamente que norteiam as políticas públicas do município.

O déficit habitacional de Joinville está baseado na lista de pessoas habilitadas para programas habitacionais, disciplinada pela Lei municipal nº 6.744/2010, que determina sua atualização quinzenal e também sua publicação no site oficial da SEHAB. A lei também dispõe sobre o caráter genérico da lista, pois todos os candidatos entram na mesma lista independentemente do imóvel requerido, que podem ser terreno, casa ou apartamento.

Na atualização realizada em agosto de 2019, a lista possuía o número de 9.465 inscritos habilitados. Nesse montante, estão 1.817 idosos e 840 pessoas com deficiência. Visto que esse número é a base do planejamento da secretaria, torna-se necessário uma análise na metodologia adotada para sua coleta de dados, bem como a sua normatização legal.

O ingresso no Cadastro Habitacional - CH é regulamentado pela Lei municipal nº 4.905, de 17 de dezembro de 2003, e outros critérios, não oriundos dela, são expressos nas orientações do site oficial da SEHAB de Joinville.

Em primeira análise identifica-se a natureza passiva da lista, pois ela só é preenchida por iniciativa do interessado, que com hora agendada deve se dirigir até a Secretaria de Habitação para inserção do nome, conforme apresentado na tabela 2:

Tabela 2: Ingressar no Cadastro Habitacional

Canal	Onde	Quando
Internet	Não é possível	
Presencial	Secretaria de Habitação – SEHAB Localização: Av. Coronel Procópio Gomes, 749 – Bucarein, Joinville – SC	Segunda a sexta-feira, 8h às 14h, exceto feriados e pontos facultativos.
Telefone	Não é possível	
Outros	Não é possível	

Fonte: Site oficial da Secretaria de Habitação de Joinville

Neste ponto o método adotado difere com o IBGE que tem natureza ativa com pesquisas de campo. Como não existe uma iniciativa por parte da prefeitura em forma de mutirão de cadastros em áreas de ocupações, é possível que um número significativo de pessoas desconheça os programas habitacionais e seja deixado fora da lista, comprometendo assim a verdadeira aferição do déficit habitacional e o alcance das políticas públicas do município.

A segunda análise a ser questionada na lista de penderes para programas habitacionais é referente a universalização do acesso a moradia. A Lei municipal nº 4.905, de 17 de dezembro de 2003 determina:

Tempo de residência e domicílio no Município, **estabelecido o prazo mínimo de três (3) anos**, mediante comprovação do título de eleitor, conta de luz, água, telefone, nota fiscal nominal de aquisição de bens móveis no comércio local ou carteira de trabalho, conferindo-se prioridade em caso de igualdade de condições ao que nele residir há mais tempo (JOINVILLE, 2003, grifo nosso).

De acordo com essa norma, estão impossibilitados de ingressar na lista os moradores com menos de três anos de residência comprovada no município. Essa exigência adicional vai de encontro ao próprio Plano Diretor, base para as políticas habitacionais, onde o caput do artigo 17 disciplina:

Para a habitação, que aqui tem por objetivo **universalizar o acesso à moradia** com condições adequadas de habitabilidade, priorizando os segmentos sociais vulneráveis mais carentes, mediante instrumentos e ações de regulação normativa, urbanística, jurídico-fundiária e de provisão, são estabelecidas as seguintes diretrizes. (JOINVILLE, 2008, grifo nosso)

O Plano Diretor ao objetivar a universalização do acesso à moradia segue o princípio da igualdade perante a lei expresso no Art. 5º da CRFB/88 onde se estatui que “Todos são iguais perante a lei”. Além de ferir um princípio constitucional, o regulamento é nocivo se considerada a dinâmica da cidade de Joinville, uma vez que, segundo dados do IBGE, recebe cerca de 3,3 mil migrantes por ano. Esse é um número expressivo de pessoas, ainda mais ao se considerar o déficit habitacional oficialmente declarado. Frise-se que estas pessoas, mesmo tendo domicílio eleitoral fixado em Joinville, pagando tributos à cidade, ainda assim são privados de ingressar na lista de espera, esta com um tempo de espera que pode chegar a 20 anos.

Ao analisar o déficit habitacional local, se conclui que o método adotado não reflete com a realidade do município, e isso compromete não só o planejamento da Secretaria de Habitação, como priva o acesso de inúmeras famílias ao direito de moradia digna.

### 3.2 AS POLÍTICAS HABITACIONAIS DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

Identificadas as inconsistências nos métodos de aferir o déficit habitacional, torna-se necessário avaliar as políticas públicas que visam garantir o direito à moradia digna.

O Estatuto da Cidade determina a participação popular através da exigência de existência de um Plano Diretor, obrigatório para cidades acima de 20 mil habitantes. A negativa desse direito é considerada como crime de improbidade administrativa e o Plano deve ser revisto a cada 10 anos (BRASIL, 2001). O Plano Diretor de Joinville passou por um recente processo de avaliação e atualização (2018), que servirá de substrato para a presente análise.

O direito à moradia é inserido no Plano Diretor entre as diretrizes da Promoção Social, que visa “democratizar o acesso ao solo urbano e à oferta de terras para a política habitacional”. Para efetivação dessa diretriz o próprio Plano prevê a formulação do Plano Municipal de Habitação que:

Deverá prever: a elaboração de diagnóstico sobre as necessidades habitacionais, quantificando e qualificando as demandas por moradia, regularização urbanística, jurídico-fundiária e de provisão; a definição de indicadores e de parâmetros para avaliação permanente das necessidades, das ações e da qualidade das intervenções; e o estabelecimento de critérios, prioridades e metas de atendimento (JOINVILLE, 2008)

O diagnóstico no qual se refere o artigo foi produzido pela Consultoria PLHIS 2010 e será utilizado na estratégia das ações do município até o ano de 2023. Entre seus objetivos principais, destacam-se:

**Moradia e cidade sustentável:** Garantir a todo e qualquer cidadão o direito à moradia digna, promovendo o acesso à cidade sustentável, considerando além dos aspectos econômicos, ambientais e sociais, a promoção da resiliência social e urbana.

**Moradia assistencial:** Dar atendimento e/ou provisão de moradias à população de baixa renda e/ou vulnerabilidade social, assim como integrar à cidade os assentamentos urbanos precários e informais. (JOINVILLE, 2010, grifo nosso)



Para cada objetivo proposto, o Plano Municipal apresenta suas metas, identificando os bairros nos quais serão direcionadas. Todavia, percebe-se que não há uma quantificação clara das metas, sendo apresentadas de maneira genérica. Essa forma de redação legal consiste em uma manobra política para dificultar a efetiva análise e aferição de seu (des)cumprimento pelos governantes municipais. Considerando que no ano de 2018 o número de pessoas atendidas foi de apenas 120, torna difícil mensurar se a Secretaria de Habitação alcançou a sua meta no referido ano. A análise de políticas públicas torna-se fundamental para o efetivo desenvolvimento econômico e social dos municípios brasileiros, conforme extensas pesquisas feitas por Schmidt (2015) e Schmidt e Gonçalves (2016) nas áreas de educação e programas de transferência de renda condicionada.

O modelo proposto vai contra o que disciplina o Plano Diretor no artigo 17, inciso XV, que determina quanto a sua quantificação que:

XV - elaborar o Plano Municipal de Habitação que, considerando as diretrizes e ações estratégicas, deverá prever: a elaboração de diagnóstico sobre as necessidades habitacionais, **quantificando e qualificando as demandas por moradia, regularização urbanística**, jurídico-fundiária e de provisão; a definição de indicadores e de parâmetros para avaliação permanente das necessidades, das ações e da qualidade das intervenções; e o estabelecimento de critérios, prioridades e metas de atendimento. (JOINVILLE, 2008, grifo nosso)

A subjetividade que impede a avaliação das metas propostas também limita a participação popular e macula a democratização do direito, uma vez que qualquer dado apresentado aos representantes da população é passível de uma aceitação sem questionamento. Todo sistema opaco em sua transparência institucional tende a ser explorado pelos dirigentes e impedir a efetiva ação e atuação popular.

Há de se observar outro fator importante que tem dificultado a execução de políticas habitacionais em Joinville: a participação – ou sua ausência - da União e do Estado de Santa Catarina. Desde o ano de 2015 não foram iniciados novos projetos de construção no município, situação que permanece até a data de submissão deste artigo, realizado em setembro de 2019. Em decorrência dessa situação, o Plano de Ação e Desenvolvimento iniciado em 2007 no Bairro Jardim Paraíso, a título de exemplificação, necessitou de verbas municipais, oriundas do Fundo Municipal de Terras, Habitação Popular e Saneamento para a sua conclusão em 2017, conforme informou a Secretaria de Habitação de Joinville em seu site oficial.

A ausência de recursos da União e do Estado, decorrente do congelamento dos gastos sociais iniciado em 2016 através da Emenda Constitucional 95 já começa a apresentar impactos concretos, pressionando ainda mais o orçamento municipal e, de maneira clara, tolhendo, ao menos em parte, a concretização de direitos sociais constitucionalmente assegurados. É evidente que pesquisas mais aprofundadas nos empreendimentos financiados pelo Sistema Nacional de Habitação são necessários para se chegar a conclusões mais assertivas sobre o tema, servindo este artigo tão somente de uma sondagem inicial e um convite a outros pesquisadores interessados pela realidade socioeconômica do município de prosseguirem pelo caminho hora trilhado.

## ■ CONCLUSÃO

Após um longo período de reivindicações da sociedade, não apenas brasileira, mas também global, o direito à moradia digna está devidamente alicerçado no ordenamento jurídico brasileiro. O presente artigo se propôs avaliar a sua consolidação na cidade de Joinville, através de uma análise preliminar das leis municipais que o tutelam e nas ações afirmativas a seu respeito. A realidade empírica não pode dissociar-se da realidade jurídico-institucional, sob pena de se ter letra morta da lei e o descumprimento de preceitos constitucionais fundamentais.

Observou-se, primariamente, que o déficit habitacional, número que norteia o planejamento municipal, carece de critérios de averiguação à medida que sua base de cálculo é uma lista passiva de cadastro, pouco divulgada nas comunidades carentes, que se quedam inertes a espera de uma inscrição presencial e burocrática. A inércia da lista de espera exclui pessoas que desconhecem a sua existência ou que, por qualquer motivo, não tenham condições de se dirigir até a Secretaria de Habitação. Uma busca ativa, nos modelos do Programa Bolsa Família talvez se mostre necessária, a fim de, em primeiro lugar, conhecer-se a realidade do município analisado.

A lista de espera habitacional de Joinville mostrou-se, também, ineficaz quando a universalização do direito à moradia digna, visto que a própria lei que disciplina possui um dispositivo interno que exclui a possibilidade de pessoas com menos de três anos de residência seja assistida por esse direito. Essa possível ilegalidade necessita de uma revisão rápida por parte do Poder Legislativo local ou ainda de uma declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, uma vez que seja instado a se manifestar por qualquer interessado lesado ou mesmo por uma associação local que possa defender os interesses dos moradores mais necessitados da cidade.

Além das inconsistências identificadas no modo de aferição do déficit habitacional, as metas das propostas pelo Poder Executivo de Joinville também se mostraram ineficazes no direito à moradia digna, uma vez que carecem de objetividade limitando sua avaliação e participação popular. Cabe ao Poder Público em seu próximo planejamento apresentar dados objetivos visando a transparência, controle e avaliação, até por um imperativo da Lei de Acesso a Informação, indiretamente violada com esse descaso na coleta de dados.

Feitas tais ponderações, é necessário reconhecer que a Secretaria de Habitação de Joinville não tem recebido os devidos repasses do Estado de Santa Catarina e da União relacionados ao direito à moradia, fator esse que dificulta a execução de políticas habitacionais em uma cidade que é caracterizada por altos índices de migração, devido ao seu expressivo polo industrial e tecnológico. Joinville e seus mais de 600.000 habitantes merecem uma política social de habitação mais transparente e ativa, apta a efetivar não apenas o direito a moradia digna, como também ampliar seu setor de construção civil, gerador de milhares de empregos e impulsionador do crescimento regional.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASSUL, José Roberto. **Estatuto da Cidade: quem ganhou? Quem perdeu?** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

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

\_\_\_\_\_. **Decreto no 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial da União D 7 de Julho de 1992.

\_\_\_\_\_. **Lei Nacional n. 10.257/2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário oficial da União de 11.7.2001.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Diário oficial da união 20 de dezembro de 1979.

GAZOLA, Patrícia M. **Concretização do Direito a Moradia Digna: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas sociais**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/habitacao.html>> Acesso em 02 de set. de 2019.



JOINVILLE, Prefeitura municipal. **Lei complementar nº 261**, de 28 de fevereiro de 2008, dispõe sobre as diretrizes estratégicas e institui o plano diretor de desenvolvimento sustentável do município de Joinville e dá outras providências. Disponível em < <https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-complementar/2008/26/261/lei-complementar-n-261-2008-dispoe-sobre-as-diretrizes-estrategicas-e-institui-o-plano-diretor-de-desenvolvimento-sustentavel-do-municipio-de-joinville-e-da-outras-providencias> > Acesso em 13 de set. de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei complementar nº 495**, de 16 de janeiro de 2018. Modifica as estruturas administrativas e competências dos órgãos da Administração Direta e Indireta do Município de Joinville e dá outras providências. *Diário Oficial*. 16 de janeiro de 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei Ordinária 4.905 de 2003**, Baixa norma para loteamento, alienação ou concessão de direito real de uso de áreas de terras integrantes do Profipo - projeto de financiamento de terrenos populares; autoriza doação de materiais de construção e aquisição de lotes urbanizados, dá outras providências e revoga as leis nºs 2.939, 3.223, 3.761, 4.466/2001 E 4.502/2002. *Diário Oficial*. 17 de dezembro de 2003.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.744**, de 11 de agosto de 2010. Determina a publicação da lista de inscritos no programa habitacional da Secretaria da Habitação do município de Joinville. *Diário Oficial*. 2 de setembro de 2010.

\_\_\_\_\_. **Revisão e Atualização do Plano Diretor de Desenvolvimento Sustentável do município de Joinville**. Disponível em: < <https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/PDDSREV18.pdf> > Acesso em 19 de set. de 2019.

\_\_\_\_\_. **Plano de habitação e interesse social**. Disponível em: < <https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/ippuj-cdc-2010-08-25-ata-11-anexo-02.pdf> > acesso em 02 de setembro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lista de atendimento da SEHAB de Joinville**. Disponível em: < <https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2019/08/Lista-de-Atendimentos> > Acesso em 02 de set. de 2019.

\_\_\_\_\_. **Secretaria de Habitação entrega unidade no Jardim Paraíso**. Disponível em: < <https://www.joinville.sc.gov.br/noticias/secretaria-de-habitacao-entrega-unidade-no-jardim-paraiso/> > Acesso em 02 de Set. de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lista de pretendentes inscritos programas habitacionais**. Disponível em < <https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2019/08/Lista-de-Pretendentes-Inscritos-Programas-Habitacionais-19-08-2019.pdf> > acesso em 02 de set. de 2019.

MEXICO. **Constituição de 1917**. Disponível em: < <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf> > Acesso em 11 de nov. de 2019.

OLIVEIRA, R. J.; SOUZA, R. M. **Direito à moradia**: reflexões sobre território e compromisso com o maior contingente populacional brasileiro. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas (UESB). Disponível em < <http://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/download/2031/1735/> > Acesso em 25 de set. de 2019.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em < <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> > Acesso em 14 de set. de 2019.

ONU. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**, 1966 disponível em: < [http://www.unfpa.org.br/arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/arquivos/pacto_internacional.pdf) > Acesso em 25 de set. de 2019.

Rolnik, R. (1997). **Planejamento Urbano nos Anos 90: Novas Perspectivas para Velhos Temas**. Ribeiro, Luiz César de Queiroz e Orlando Alves dos Santos Jr. (orgs.). Globalização, Fragmentação e Reforma Urbana. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 351-360.

SCHMIDT, Albano Francisco; GONÇALVES, Oksandro Osdival. **Os gastos do governo federal na área da educação entre 2009-2014**: uma análise econômica. In: XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2015, Santa Cruz do Sul. VIII Mostra de Trabalhos Científicos, 2015. Disponível em: < <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13085>>. Acesso em: 23 jul, 2019.

SCHMIDT, Albano Francisco. **Os custos de oportunidade inerentes ao novo plano nacional de educação**: análise econômica do orçamento federal no quinquênio 2009-2014. In: XIX Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía, 2015, Santo Domingo. ALACDE 2015, 2015.

SCHMIDT, Albano Francisco. **Programa Bolsa Família**: Uma análise econômica dos (des)incentivos ao trabalho. Curitiba: Íthala, 2016.

# O PROCESSO DE ADOÇÃO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTADO

Bríggida Gabriele Rocha<sup>5</sup>  
Janaina Silveira Soares Madeira<sup>6</sup>

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar o estudo do processo de adoção no Brasil abordando a possibilidade da escolha pelos adotantes do perfil do adotado, ante os princípios fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que repudiam qualquer forma de discriminação. Ocorre que, num Estado democrático de direito qualquer forma de discriminação deve ser combatida, assim, é relevante a discussão sobre a possibilidade dos adotantes escolherem o perfil do adotado, baseado nas características físicas, biológicas, etárias, entre outras. Utilizou-se de pesquisa com abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica, com método dedutivo e aprofundamento descritivo. Diante disso, constatou-se que o cadastro realizado pelos adotantes surgiu como uma forma de agilizar e otimizar o processo de adoção, visando evitar futuras devoluções por parte de pais adotivos despreparados. Contudo, verificou-se que o perfil selecionado pelos pretendentes à adoção configura um entrave ao processo de adoção, visto que muitas crianças e adolescentes não se encaixam no perfil idealizado, permanecendo acolhidos e violando, assim, o direito a convivência familiar e comunitária.

**PALAVRAS-CHAVES:** Adoção Nacional. Escolha do Perfil do Adotado. Convivência Familiar e Comunitária.

## ■ INTRODUÇÃO

O processo de adoção é um ato pelo qual os interessados em adotar optam por constituir vínculo afetivo com crianças ou adolescentes que estão aptos para a colocação em uma família substituta. Assim, a adoção é medida que assegura direitos fundamentais às crianças e adolescentes, impostos pela Constituição Federal de 1988, mormente direito a convivência familiar e comunitária. Contudo, é importante observar a possibilidade de escolha do perfil do adotado, tendo em vista a sua condição de acolhimento institucional ou familiar e, principalmente, diante de princípios constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse e a proteção integral, além da prioridade absoluta dos infantes. Sobre esse tema se debruça a presente pesquisa, com evidente relevância social.

O processo de adoção possui requisitos e efeitos patrimoniais e pessoais, quando da sentença proferida, desse modo, a legislação determina que os interessados a adotar sejam submetidos ao rito do cadastramento, onde há a escolha do perfil do adotado, optando pela cor, raça, sexo, existência de irmão, doenças, etc. Há que se asseverar que a adoção é entendida como um ato de amor e visa priorizar o bem-estar, o convívio e o desenvolvimento da criança e do adolescente. Nesta perspectiva, o presente tema tem sido debatido, eis que a escolha do perfil pode não resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente apto à adoção.

Assim, o tema traz para o centro das discussões a possibilidade de escolha do perfil dos

<sup>5</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

<sup>6</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

adotados e os seus efeitos no processo de adoção, ressaltando que a esses é assegurado o direito a convivência familiar e comunitária, caracterizada como o direito fundamental da criança e do adolescente.

Dessarte, a abordagem presente neste estudo trata de analisar a possibilidade de escolha do perfil do adotado, baseando-se nos princípios previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como, no texto constitucional, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º, III, da Constituição de 1988. Foi a partir da Carta Magna que todo cidadão, notadamente a criança e adolescente, são reconhecidos como sujeitos de direito e deveres, tais como direito à saúde, educação, convívio e lazer, ou seja, viver de forma digna e com a preservação de seus direitos fundamentais. A adoção, como um instituto resguardado por lei, é um tema em debate permanente, tanto quanto é dinâmica a sociedade que dela depende o ato de adotar.

O instituto da adoção visa inserir a criança e do adolescente em uma família substituta, com o fim de resguardar seus direitos fundamentais, proporcionando o bom desenvolvimento e a convivência familiar e comunitária afetiva. Contudo, no decorrer do processo de adoção há desafios, considerando que é exposto a uma análise de perfil nas vontades e expectativas dos interessados em adotar, ficando a mercê de um processo seletivo que tem como base as características físicas, o que pode acarretar à discriminação (MAURO, 2017).

Dessa forma, quando genitores não cumprem com as obrigações perdem o poder familiar e passam os filhos a viver em instituições de acolhimento e, posteriormente, são colocados em famílias substitutas. Todavia, seus direitos fundamentais podem estar sendo violados no processo de adoção, quando os interessados em adotar elegem um perfil para a escolha do adotado, sem ao menos haver a flexibilização, sendo que este não resulta efetivamente na redução e quantidade de crianças e adolescentes que esperam por um arranjo familiar (LIMA, VERONESE, 2012).

Ademais, apesar da sentença de adoção ser irrevogável, conforme previsto no art. 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é recorrente a devolução de infantes com a justificativa de que não corresponderam as perspectivas dos pais adotivos. Ressalta-se, que a devolução se torna algo traumático, traz marcas para a vida da criança e do adolescente, que pode sofrer problemas psicológicos, apresentando, posteriormente, inclusive, dificuldades de criar vínculos afetivos com nova família.

Deste modo, o processo de adoção não deve ser cercado de preconceito e estereótipos, o que pode acarretar a busca do perfil ideal, que afronta a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, acarreta entrave no processo de adoção, até porque a maioria dos pretendentes só aceitam crianças com os mesmos critérios e características físicas e biológicas.

Apesar da escolha do perfil surgir com o propósito de acelerar o processo de adoção há uma discrepância visto que gera morosidade devido a incompatibilidade dos perfis escolhidos já que os adotantes colocam em prioridades as suas realizações pessoais e exigências. Neste contexto, as crianças e adolescentes aptos à adoção são expostos a uma lista que os classifica em perfis ideais e será selecionado aquele que terá o privilégio de possui uma nova família. Assim, ocorre o preconceito e a discriminação, passando os adotantes a interferir de forma fatal no processo de adoção, já que se encontram enrustidos nos pais adotivos a idealização do perfil ideal, tornando mais dificultoso a estimulação da adoção, favorecendo no fracasso da colocação para aquelas que aguardam uma família e não se encaixam no perfil desejado (SILVA FILHO, 2011).

Isto posto, o presente artigo contextualiza primeiramente o processo de adoção seus requisitos e efeitos, discorrendo sobre os princípios fundamentais de proteção da criança e do adolescente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para então discutir os desdobramentos da escolha do perfil do adotado no processo de adoção nacional e suas conseqüências para garantia à convivência familiar e comunitária.

## ■ 1. O PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL: REQUISITOS, EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS

A história da infância e da proteção da criança e do adolescente se traduz em uma trajetória de muitos avanços sendo notável a presente discussão. Relata Ariès (1981) que a análise de relações de infâncias somente obteve início no século XIX, momento em que a criança foi percebida como sujeito de direito, tendo em vista os investimentos em pesquisa científicas e histórias. Assim, na transição do século XIX para o XX a criança ganhou um pouco mais de destaque deixando de ser apenas um elemento secundário na sociedade, na medida em que esta representaria a nação futuramente. O Estado passou a prezar mais, principalmente, para torná-las um agente produtivo para o país (LIMA e VERONESE, 2012).

O Código de Menores, instituído no Brasil, foi a primeira legislação voltada aos infantes e visava dar amparo legal aos menores infratores, que viessem a sofrer algum abuso de poder, entrou em vigor em 12 de outubro de 1927 e classificava as crianças e os adolescentes com rótulo de menoridade, sendo que essa normativa era dirigida somente para os abandonados e delinquentes (LIMA e VERONESE, 2012).

Após, em 1959 já no âmbito da Organização das Nações Unidas foi promulgada pela Assembleia Geral da ONU, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, no qual objetivava conferir garantia aos infantes, como o direito à nacionalidade, nome, proteção social, bem como, o direito a convivência em ambiente de afeto, tolerância e amizade. Assim, após este documento e, também, com o aporte da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, o interesse da criança passou a ser superior, visando garantia de assistência pessoal, considerando, ainda, que se tratou de uma herança deixada para as políticas futuras, bem como e para a Convenção sobre os Direitos da Criança e Adolescente de 1989 (VERONESE, 2017).

Desse modo, internacionalmente caminhava-se cada vez mais rápido a tentativa de diminuir diferenças entre a sociedade e os infantes, sendo que a Declaração Universal dos Direitos da Criança foi fundamental para a elaboração de inúmeros tratados internacionais e para a formulação da doutrina da proteção integral, vez que estabeleceu que a criança, em decorrência da sua maturidade física e mental, necessitava de amparo legal e de proteção especial. Assim, o referido documento, teve por base dez artigos que também passaram a ser chamados de princípios (MENDES, 2006).

Posteriormente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1979, foi instituído o novo Código de Menores, que sucedeu a existência de direitos da criança, como saúde e educação, passando a ser vista como responsabilidade do Estado e da família a proteção do infante, destacando-se que as famílias carentes também necessitavam de amparo legal e proteção estatal para que seus filhos fossem mantidos em seus lares. Assim, o novo Código de Menores procurou tutelar não somente os abandonados e delinquentes, mas também as vítimas de maus tratos, em perigo moral, desistido juridicamente e autor de infração penal (MAURO, 2017; LIMA e VERONESE, 2012).

Ademais, a Constituição Federal de 1988 inovou em relação às demais constituições que vigoraram no Brasil, voltando-se para os princípios da proteção integral da criança e adolescente. A Carta Magna se desenvolveu em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Dessa forma, ante a forte influência internacional o Brasil tornou-se signatário da doutrina da proteção integral, sendo necessária a adequação do ordenamento jurídico, objetivando garantir a proteção das crianças e dos adolescentes (MENDES, 2006). Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu direitos fundamentais dando-lhe garantias e prioridades para aqueles que ainda estão em desenvolvimento, conforme observa-se do art. 227, caput, *in verbis*:

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.

Com efeito, a Constituição se preocupou em reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos fundamentais, como qualquer outro cidadão, rompendo com a ideia de que são apenas intervenções no mundo adulto, inserindo-os como titulares de direitos e deveres e estabelecendo tratamento especial.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1990, ampliou aos infantes a titularidade de direitos, estabelecendo direitos fundamentais de caráter universal e se estendendo a todos sem distinção. Sendo assim, a convenção internacional tornou mais eficaz o plano da concretização dos direitos, visto que, diversos instrumentos poderiam ser utilizados para atender as necessidades dos infantes, livre de racismo, preconceito e discriminação (LIMA e VERONESE, 2012). Logo após, passou a vigorar o Estatuto da Criança e do Adolescente que se trata de um dos instrumentos normativos mais modernos do mundo e que adotou a teoria da proteção integral.

O ECA repetiu o texto constitucional e reconheceu os infantes como sujeitos de direitos e deveres, tratando de prever medidas para efetivação dos direitos reconhecidos expressamente na Constituição de 1988, com o objetivo de atingir todas as crianças e adolescentes, estabelecendo uma condição de igualdade frente aos maiores. Destarte, o referido diploma introduziu a participação da família, da sociedade e do Estado como defensores desses direitos, bem como, apresentou uma nova visão em que a sociedade não enxergará mais os menores de idade como um objeto, mas sim, como uma pessoas que necessitam de tratamento especial, tendo em vista que estão em pleno desenvolvimento (MAURO, 2017; MENDES, 2006).

Importante, asseverar que a adoção sempre esteve presente no ordenamento jurídico e no Código Civil de 1916 estava disciplinada tendo por base os princípios romanos, com o objetivo de dar continuidade as famílias que não poderiam ter filhos. Assim, a adoção somente era permitida aos maiores de 50 (cinquenta) anos, pressupondo que nesta idade haveria uma grande probabilidade de não possuírem filhos (GONÇALVES, 2018). Esse instituto sofreu diversas modificações, como, por exemplo, a Lei 3.133/57, permitindo que pessoas maiores de 30 (trinta) anos, que pudessem ter filho ou não, optassem por adotar, todavia, ainda não equiparava a sucessão hereditária entre os adotados e os filhos de sangue (GONÇALVES, 2018; MAURO, 2017). Modificação relevante foi trazida com a Lei 4.655/65, que tratou da legitimação adotiva, contribuindo para uma nova feição da adoção, fazendo com que os adotados tivessem mais integração com a família e direitos, passando a ser o ato irrevogável, inclusive, com emissão de nova certidão de nascimento, motivo pelo qual equiparava os adotados aos filhos biológicos, salvo nos direitos sucessórios (MAURO, 2017).

Em decorrência da Constituição de 1988, foi instituído, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que trouxe, em seu bojo, uma nova sistemática para a adoção, passando, assim, a haver dois regramentos, a adoção regida pelo ECA, restrita a crianças e adolescentes e promovida judicialmente, e a adoção de maiores de 18 anos, regulada pelo Código Civil de 1916 e instrumentalizada por meio de escritura pública. Após, houve o advento no Código Civil de 2002, passando a ter um regime jurídico único para a adoção, assim, como o código previa a adoção aplicava-se nos casos conjuntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é mais minucioso e com mais detalhes em relação ao processo de adoção (MAURO, 2017).

Posteriormente, foi aprovada a Lei 12.010/2009 denominada Lei de Adoção, cuja finalidade foi readequar o ECA, atualizando o processo de adoção, bem como, as políticas públicas voltadas para o direito de convivência familiar. Mauro (2017) ressalta que a lei passou a alterar regras processuais, instituindo procedimento para a habilitação a adoção e sistema recursal, criando novas infrações administrativas, revogando normas e completamente o capítulo do Código Civil que cuidava da adoção.

Com efeito, a adoção é um ato de profundo amor e humanístico em relação ao próximo e se caracteriza no direito como um ato jurídico pelos quais os adotantes passam a ter uma filiação afetiva com uma criança ou adolescente, razão pelo qual, possui a intervenção do Estado, como meio de observar-se os direitos fundamentais dos adotados e, ainda, utilizado como forma de promover a convivência familiar e comunitária. Venosa (2018) conceitua a adoção como uma



filiação exclusivamente jurídica que se sustenta sobre uma relação não biológica, possuindo o amparo social, sendo assim um negócio jurídico que cria relação de afeto entre o adotante e o adotado em que o adotado passa a constituir o estado de filho.

Nucci (2018) aborda o conceito da adoção como uma medida protetiva de colocação em uma família substituta e classifica a adoção como: rompimento de vínculo anterior; formação de novo vínculo; vínculo entre adotantes; consentimento dos pais naturais; escolha dos adotados e momento. Ressalta que a adoção se dá em caráter excepcional, tendo em vista que o ideal é a união da família natural, tornando a adoção uma forma de retirar a criança ou o adolescente do convívio com a família biológica quando estes prejudicam a sua formação.

Assim, a adoção é caracterizada como uma família substituta e ocorre quando não há mais a possibilidade de manter a criança ou o adolescente na família biológica, quando estes sofrem alguma violação de direitos, que afronta os seus direitos fundamentais e o seu desenvolvimento.

A família substituta é designada por lei mediante autorização judicial em que a inserção se dá devido ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Ressalta-se que o art. 28, do Estatuto da Criança e do Adolescente, aborda acerca da família substituta e estabelece que existe três formas diferentes: guarda, tutela e adoção (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2018).

Para se efetivar a adoção é necessário que sejam cumpridos requisitos impostos no Estatuto como subjetivos e objetivos. Os subjetivos são: idoneidade dos adotantes; motivos legítimos/desejo de filiação; reais vantagens para o adotando; prevalência dos interesses do adotando e se traduzem na possibilidade efetiva de convivência familiar e estabelecimento de vínculo adequado à formação e ao desenvolvimento da personalidade do adotando (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, p.210, 2018).

Já os requisitos objetivos são: requisito de idade; consentimento dos pais (ou destituição do poder) e consentimento do adolescente; precedência de estágio de convivência e prévio cadastramento. O Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece no art. 42, que o adotante deve ser maior de dezoito anos e, ainda, deve possuir diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotado (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2018).

Para fins de efeitos de adoção eles são de ordem pessoal e patrimonial a partir do trânsito em julgado da sentença. Os efeitos de ordem pessoal são decorrentes da formação da relação de parentesco, sendo a principal característica da adoção, pois promove o estado de filho e se equipara a relação consanguínea com as mesmas condições, direitos e deveres, inclusive os sucessórios, desligando por completo da família biológica. A sentença de adoção deverá ser inscrita no registro civil, constando o nome dos adotantes como pais, bem como, o nome de seus ascendentes, ainda, o mandado que for arquivado retirará o registro do adotado. Ressalta-se, ainda, que nenhuma observação sobre a adoção poderá constar nas certidões de registros (GONÇALVES, 2018).

A sentença de adoção é irrevogável, tendo em vista que rompe o vínculo do adotado com a família biológica, tendo a sentença natureza constitutiva, já que faz surgir o vínculo de filiação e parentesco, devendo ser inscrita no registro civil (MAURO, 2017).

Já os efeitos patrimoniais concernem em alimentos e direitos sucessórios. As prestações de alimentos decorrem da relação de parentesco estabelecida entre o adotado e o adotante, tendo por dever o adotante garantir o proveito a alimentação e tendo por direito o adotado de requerer, inclusive, em ação judicial (GONÇALVES, 2018).

Assim, tendo em vista que o adotado passa a ser filho do adotante, a este se transfere a guarda da criança e do adolescente, havendo, a consequência de sustento, sendo considerado um dos deveres do poder de família, conforme estabelecido no art. 1.634, I, Código Civil. Dessa forma, se o adotante deixa de sustentar e prover a assistência do adotado, este, como filho terá direito a alimentos (MAURO, 2017)

No que tange ao direito sucessório, mesmo que havendo o falecimento do adotante no curso do processo de adoção, o parentesco será vinculado com o adotante e todos os seus parentes, conforme dispõe o art. 41, caput, e o §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, atribuindo a condição de filho, com os mesmos deveres e direitos sucessórios entre o filho adotivo e seus descendentes e o adotante e seus parentes (CARVALHO, 2018).

Sendo assim, tendo em vista a condição de filho do adotado, se o adotante falece este possuirá direito de participar na sucessão, cabendo seu quinhão na partilha dos bens deixados,



bem como, o adotante obedecerá as regras do direito sucessório estabelecido no Código Civil (MAURO, 2017).

Desse modo, verifica-se que os requisitos impostos são formas de garantir os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, prezando pelo bom convívio e desenvolvimento do infante, com base nos princípios previstos na Constituição de 1988 e no ECA.

## ■ 2. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Primordialmente, insta salientar, que com o pós-positivismo os princípios deixaram de ser utilizados como mero instrumento complementar das normas para se tornarem uma forma de expressão passando a possuir mais harmonia e coerência a todo o sistema jurídico, expressando valores relevantes e fundamentando regras pois são espécies de normas jurídicas. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente é um sistema aberto de regras e princípios e que visa fornecer a segurança necessária para delimitar a conduta para com os infantes (AMIN, 2018; CARVALHO, 2018).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como o pilar de todo o ordenamento jurídico e não seria diferente ao estabelecer a proteção da criança e do adolescente. Ainda, enfatizam em vários dispositivos o diferencial que o Estado deve reservar a criança e adolescente, haja vista que se tratam de pessoas em desenvolvimento, que necessitam de atenção e cuidados (MAURO, 2017).

Dessa forma, a Constituição de 1988 prevê em seu no art. 5, *caput*, o clássico princípio da igualdade e afirma que todos são iguais perante a lei; princípio este informador de um sistema constitucional e que trata de normas que possuem um ‘mandamento de otimização’ podendo ser de maior ou menor grau, ao contrário das normas que comportam categorias de cumpridas ou infringidas. Independentemente disso o preceito constitucional da igualdade é o parâmetro para aplicação do princípio da igualdade, vez que os órgãos públicos não deverão fazer distinção quando da aplicação da lei ordinária em sentido formal (CANOTILHO et al, 2013).

O direito da criança e adolescente atinge um dos campos dos direitos fundamentais, tendo em vista a relevância do tema, mas especificamente os da segunda dimensão, sendo esses conhecidos como direitos sociais, econômicos, culturais, da saúde e educação. Assim, o art. 227, da CRFB/88 estabelece como dever da família, do Estado e da sociedade assegurar à criança e adolescente a prioridade absoluta, determinando uma série de direitos inerentes à condição humana e uma existência digna (MAURO, 2017).

O respeito ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, está expresso na Constituição, no art. 226, §7º e §8º, de modo que coloca a criança e o adolescente em prioridade, bem como, no respeito individual de cada um dos membros da família e estando assegurados pela assistência (CARVALHO, 2018).

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra destaque, tendo em vista ser o corolário da proteção integral e que perpassa os mandamentos da Constituição de 1988. Dessa forma, prevê a doutrina que o dever de cuidado não se restringe, tão somente, ao Estado, mas se estende à família e à sociedade construindo-se em um dever solidário de todos, sua condição deve-se ao fato de que são pessoas em desenvolvimento e que necessitam de amparo legal baseando-se nas garantias fundamentais (CANOTILHO, et al, 2013).

A Constituição de 1988 prevê em seu art. 229 o princípio da solidariedade familiar que, segundo Dias (2017), decorre dos vínculos afetivos, pois compreende a fraternidade, reciprocidade, bem como, gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, posteriormente, à sociedade e então ao Estado o dever de garantir com prioridade os direitos fundamentais. Por fim, pode-se destacar o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que se trata

de um princípio fundamental, apesar de não estar elencado no rol do art. 5º da Carta Magna é um direito fundamental, sendo que a proteção não objetiva uma recomendação, mas sim uma diretriz determinante para as famílias.

Desse modo, o Estatuto da Criança e Adolescente adveio como forma de implementar todas essas garantias e princípios fundamentais que a Constituição de 1988 impõe em face do infante, reconhecendo-os como sujeitos de direitos e deveres, bem como, a garantia à convivência familiar, que visa preservar os laços e vínculos afetivos.

## 2.1 Do princípio da proteção integral

A doutrina da proteção integral adveio quando a criança e o adolescente passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, em razão do processo de desenvolvimento e de suas características próprias. A doutrina implica, sobretudo, na infância sendo admitidos como prioridade imediata e absoluta, exigindo uma consideração especial, ou seja, suas condições deve se sobrepôr a quaisquer outras medidas, visando, com isso, o resguardo de suas garantias fundamentais, o melhor interesse e, por fim, reconhecendo a família como um grupo social e primário, que visa o melhor do bem-estar da criança e do adolescente, ressaltando o direito de receber a assistência necessária (VERONESE, 2017).

Mauro (2017) sustenta que a doutrina da proteção integral fundamenta todo o Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que se baseia para disciplinar toda vida da criança e do adolescente, estando eles ou não de forma irregular. Deste modo, o princípio da proteção integral encontra previsão no art. 15 do ECA, que dispõe a liberdade e à dignidade em processos de desenvolvimentos.

Assim, a referida doutrina encontra suas raízes na Convenção sobre Direito da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e aborda que os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser universalmente reconhecidos, visto que são direitos especiais e específicos pela condição de pessoa em desenvolvimento, já as leis internas devem garantir as necessidades das pessoas até 18 anos, incluindo o direito à vida, saúde, convivência familiar, educação, lazer, profissionalização e liberdade (VERONESE, SILVEIRA e CURY, 2018).

Nucci (2018) aborda a doutrina como um dos princípios exclusivos do âmbito da tutela jurídica da criança e do adolescente e que além de todos os direitos já assegurados aos adultos e afora todas as garantias cabíveis aos maiores de dezoito anos, os infantes possuem um *plus*, para uma vida digna e prospera, sendo considerado como um dos princípios da dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, aponta o autor que o princípio da proteção integral deve ser aplicado na realidade para tornar-se eficaz e não, somente, previsto em dispositivos abstratos, visto que deixa de ser proteção integral para parcial, desrespeitando a Constituição e a lei ordinária.

Para Amin (2018) a doutrina da proteção integral é um conjunto de enunciados que exprimem todo o direito fundamental da criança e do adolescente, reconhecendo-os, por fim, como sujeitos de direitos, asseverando Mendes (2006) que refere-se a responsabilidade direta dos pais, eis que a doutrina elenca uma série de direitos aos infantes, tendo sido rompido obstáculos e modificado valores e conceitos. Por fim, Tavares (2012) faz uma comparação do ECA, que abrange a doutrina da proteção integral, com o Código de Menores anteriormente vigente, que circunscreviam, tão somente, menores em situação irregular, sendo o Estatuto dirigido a todos os infantes, em qualquer situação jurídica, tendo em vista que trata-se de direitos universais. Assim, na atual legislação as crianças e os adolescentes são reconhecidos como sujeitos de direitos, cabendo ao Estado, sociedade e família o dever de garantia à proteção integral.

Desse modo, a necessidade de proteção especial à criança e adolescente adveio com o reconhecimento da infância e do surgimento do sentimento de família e com isso as mudanças nos modelos normativos, passando a serem reconhecidos como sujeito de direitos e deveres, dos quais estão sob a responsabilidade da família, Estado, sociedade e comunidade eis que sujeitos a proteção integral.

### ■ 3. A ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTADO NO PROCESSO DE ADOÇÃO NACIONAL

O processo de adoção possui o objetivo de inserir a criança e o adolescente em uma família substituta, visando resguardar o seu direito fundamental a convivência familiar e comunitária, devendo o infante estar disponível juridicamente e emocionalmente. Amin (2018), ressalta que a adoção é o meio mais completo e amplo de reconhecimento de paternidade, visto que exercido pelo afeto e está ligado a função, escolha e desejo de possuir um filho puramente por amor. E, somente com essa construção emocional e afetiva que será efetivado os mandamentos previstos no art. 227, §6º, da Constituição de 1988 que proíbe qualquer discriminação em relação aos filhos.

Para que a adoção seja efetivada é necessário seguir todo um procedimento previsto no Estatuto da Criança do Adolescente - ECA, bem como, os requisitos impostos pela legislação já tratados no presente trabalho. Assim, o Estado mantém cadastro para a colocação de crianças e adolescentes em família substituta. O cadastro das pessoas interessadas em adotar é criado a partir do instante em que os interessados buscam a Justiça demonstrando seu interesse, realizando o processo de habilitação. Nesse processo os pretendentes, entre outras informações, escolhem o perfil da criança e do adolescente que se desejam adotar. Deste modo, os pretendentes à adoção optam pela idade, sexo, raça, opção por infantes com irmãos, saudáveis, entre outras características.

Nessa perspectiva, é mantido um cadastro nacional e outro cadastro especial para pessoas que não residem no território nacional, conforme previsto no art. 50, §5º e §6º do ECA, tratando-se, contudo, de uma exceção, visto que a adoção internacional somente será realizada quando não houver nenhuma interessado em adotar habilitado no cadastro nacional.

Ressalta-se que a Lei 12.010/09 criou o cadastro nacional, sendo implementado pelo Conselho Nacional de Justiça mediante a Resolução 190/2014, visando facilitar o encontro de crianças e adolescentes e pretendentes, estabelecendo, ainda, o limite temporal de permanência do infante no programa de acolhimento, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária, conforme disposto no art. 19, §2º, do ECA. Estando habilitados, os interessados em adotar aguardam em ordem sequencial e habilitação de criança ou adolescente que se enquadre no perfil desejado (GONÇALVES, 2018; VERONESE, SILVEIRA e CURY, 2018).

Há que se ressaltar, que um dos desafios da adoção é encontrar pretendentes para as crianças e adolescentes que estão acolhidos, privados de seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária, aguardando uma família substituta, o que pode ser constatado ao se verificar os dados do Cadastro Nacional de Adoção, mantido pelo CNJ. Logo, a escolha do perfil da criança/adolescente a ser adotado pelo pretendente pode ser considerado um entrave para essa aproximação, mormente porque a quantidade de pretendentes é significativamente maior do que o número de crianças e adolescente aptos à adoção, portanto, esta não se efetiva por conta da não correspondência entre o perfil pretendido e o disponível para adoção, mesmo que seja dada prioridade no cadastro às pessoas interessadas em adotar que manifestem interesse em crianças/adolescentes com necessidades especiais e grupos de irmão, conforme previsto no art. 50, §15º do ECA.

Isto posto, em consulta ao cadastro mantido pelo CNJ, no dia 05/10/2019, através do site <https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>, constatou-se que existem um total de 4.956 crianças e adolescentes disponíveis para adoção no âmbito nacional e, por outro lado, há 42.495 pretendentes habilitados à adoção. O perfil das crianças e adolescentes disponíveis para adoção e o perfil escolhido pelos pretendentes está disposto nas tabelas a seguir:

Tabela 1- Raça e sexo das crianças e adolescentes aptos à adoção x perfil pretendido

PERFIL	CRIANÇAS/ADOLESCENTES	PRETENDENTES
<b>Raça</b>	Amarela: 12 (0,24%) Indígena: 17 (0,34%) Negra: 962 (19,42%) Branca: 1467 (29,6%) Parda: 2498 (50,4%)	Aceitam somente amarela: 44 (0,1%) Aceitam somente indígena: 20 (0,05%) Aceitam somente negra: 337 (0,79%) Aceitam somente brancas: 6176 (14,53%) Aceitam somente parda: 1698 (4%)  Aceitam amarelas: 25020 (58,88) Aceitam indígenas: 23418 (55,11%) Aceitam negra: 24014 (56,51%) Aceitam brancas: 39330 (92,55%) Aceitam pardas: 35379 (83,25%) Aceitam todas as raças: 21644 (50,93%)
<b>Sexo</b>	Meninas: 2.243 (45,26%) Meninos: 2.713 (54,74%)	Aceitam somente Menina: 11.530 (27,13%) Aceitam somente Menino: 3.453 (8,13%) Aceitam qualquer sexo: 27.512 (64,74%)

Fonte: elaboração própria.

Analisando os dados, observa-se a diversidade étnica no Brasil, estando às crianças disponíveis para adoção em um número maior de crianças pardas e brancas, o que demonstra uma ruptura no discurso massificado de que nas instituições de acolhimento a maioria de infantes é de raça negra, denotando-se, também, que número significativo de pretendentes 50,93% aceitam infantes de todas as raças. Contudo, ao averiguar os dados dos pretendentes, constata-se que estes se repetem quando apontados em “somente aceitam” e “aceitam”, demonstrando que ao realizarem a escolha do perfil, os pretendentes podem selecionar mais de uma opção. Quanto à preferência pelo sexo, verifica-se que não há diferença significativa entre a opção por meninos ou meninas.

Tabela 2 - Existência de irmãos das crianças e adolescentes aptos à adoção x perfil pretendido

PERFIL	CRIANÇAS/ADOLESCENTES	PRETENDENTES
<b>Disponíveis</b>	4.956 (100%)	42.495 (100,00%)
<b>Irmãos</b>	Com irmãos: 2.969 (59,91%) Sem irmãos: 1.987 (40,09%)	Aceitam com irmãos: 15.828 (37,25%) Aceitam sem irmãos: 26.667 (62,75%)

Fonte: elaboração própria.

De modo privilegiado os pretendentes à adoção aguardam crianças e adolescentes sem irmãos, ou seja, desejam adotar um único infante, sendo este o perfil desejado por 62,75% dos habilitados no cadastro nacional. Ocorre que, 59,91% das crianças e adolescentes aptos à adoção possuem irmãos e assim há um entrave significativo ao processo, mormente porque, de acordo com o que prevê o próprio ECA, no art. 87, VII, deve ser incentivado e estimulado o processo de adoção dos grupos de irmãos.

Tabela 3 - Existência de doenças das crianças e adolescentes aptos à adoção x perfil pretendido

PERFIL	CRIANÇAS/ADOLESCENTES	PRETENDENTES
<b>Disponíveis</b>	4.956 (100%)	42.495 (100,00%)
<b>Doenças</b>	Com doenças: 760 (26,88%) Sem doenças: 3.624 (73,12%)	Aceitam com doenças: 15.269 (38,96%) Aceitam sem doenças: 25.939 (61,04%)

Fonte: elaboração própria.

A escolha do perfil em relação às crianças e adolescentes portadores de doenças é outra característica que significa entrave ao processo adotivo, tendo em vista que 61,04% dos pretendentes cadastrados somente aceitam infantes sem doença, ou seja, que sejam saudáveis, isentos de quaisquer deformidades físicas e psíquicas.

Todavia, a característica mais significativa de perfil, que importa reflexos na adoção é a escolha da faixa etária, demonstrando que a adoção tardia é o grande desafio nacional, eis que a partir da faixa etária dos 6 (seis) anos de idade o número de pretendentes à adoção dessas crianças e adolescente é significativamente inferior quando comparado com as crianças menores, vejamos os dados:

Tabela 4 - Faixa Etária das crianças e adolescentes aptos à adoção x perfil pretendido

PERFIL	CRIANÇAS/ADOLESCENTES	PRETENDENTES
<b>Disponíveis</b>	4.956 (100%)	42.495 (100,00%)
<b>Faixa Etária</b>	- 1 anos: 16 (0,32%) 1 ano: 50 (1,01%) 2 anos: 57 (1,15%) 3 anos: 67 (1,35%) 4 anos: 62 (1,25%) 5 anos: 94 (1,9%) 6 anos: 81 (1,63%) 7 anos: 135 (2,72%) 8 anos: 157 (3,17%) 9 anos: 187 (3,77%) 10 anos: 267 (5,39%) 11 anos: 292 (5,89%) 12 anos: 384 (7,75%) 13 anos: 522 (10,53%) 14 anos: 572 (11,54%) 15 anos: 682 (13,76%) 16 anos: 677 (13,66%) 17 anos: 654 (13,2%)	Aceitam 1 ano: 4728 (11,13%) Aceitam 2 anos: 6268 (14,75%) Aceitam 3 anos: 7773 (18,29%) Aceitam 4 anos: 6537 (15,38%) Aceitam 5 anos: 6707 (15,78%) Aceitam 6 anos: 4519 (10,63%) Aceitam 7 anos: 2493 (5,87%) Aceitam 8 anos: 1408 (3,31%) Aceitam 9 anos: 587 (1,38%) Aceitam 10 anos: 608 (1,43%) Aceitam 11 anos: 230 (0,54%) Aceitam 12 anos: 192 (0,45%) Aceitam 13 anos: 112 (0,26%) Aceitam 14 anos: 62 (0,15) Aceitam 15 anos: 49 (0,12%) Aceitam 16 anos: 31 (0,07%) Aceitam 17 anos: 35 (0,08%) Aceitam 17 anos e 11 meses: 156 (0,38%)

Fonte: elaboração própria.

Conforme consta dos dados, a exemplo, na data analisada, haviam 50 crianças de 1 ano habilitadas à adoção para 4.728 pretendentes e 57 crianças de 2 anos habilitadas à adoção para 6.268 pretendentes; enquanto haviam 384 adolescentes de 12 anos e 192 pretendentes habilitados e 572 adolescentes de 14 anos para 62 pretendentes habilitados em todo Brasil.

Desta feita, analisando os dados existentes no cadastro do Conselho Nacional de Justiça, constata-se que há uma grande quantidade de crianças/adolescentes aptas a serem adotados,



sendo o número de pretendentes significativamente maior, importando mais de 8 pretendentes para cada infante que aguarda uma família. Contudo, diante da escolha do perfil, não há a aproximação das crianças/adolescentes aptos com os pretendentes, eis que a escolha de alguma característica, como raça, sexo, existência de irmãos ou idade, é um entrave ao encontro.

Para Vargas (1998), a adoção tardia, a adoção racial, a adoção de infantes pertencentes a um grupo de irmão e portadores de alguma doença ou deficiência não recebem tratamento igual ao se oportunizar seja selecionado o perfil pelos pretendentes à adoção. Destacando Orseli (2011) que essa escolha trata-se de entrave no processo de adoção, posto que é nesse momento que se constata a afronta ao princípio da dignidade humana e ao direito de convivência e proteção integral da criança e adolescente. Para o autor a escolha do perfil dos adotados interessa única e exclusivamente aos adotantes, considerando, ainda, que estas crianças/adolescentes ficam a mercê de um processo seletivo baseado apenas nas características físicas.

Em conformidade com Silva Filho (2011), os adotantes optam na maior parte por crianças pequenas, sem irmãos, em perfeito estado de saúde e brancos, asseverando que a escolha do perfil dificulta o processo de adoção, pois o número de crianças que não se encaixam nesse padrão idealizado é significativamente maior.

Inclusive, Nucci (2018, p.233) relata que é de conhecimento notório que o brasileiro, diversamente do estrangeiro, opta por recém-nascido, menina, branca, saudável, sendo o motivo de muitos aguardarem na fila de espera por um longo período, quando deveriam adotar de coração e mente aberta para aceitar qualquer infante, que necessita de amor e cuidados, sendo indevido escolher uma criança a dedo, como um bem de consumo, devendo que estes repensem seus critérios, neste sentido afirma:

Quem quer adotar, de fato, busca o filho e não o protótipo ideal de filho. Lembremos que o filho natural vem ao mundo como a Natureza quer, podendo ser enfermo, deficiente ou possuir alguma outra mazela, nada podendo fazer o pai ou mãe biológico. Por vezes, até mesmo a cor da pele, dos olhos e outras características desejadas terminam não se realizando. Por que o filho adotivo há de ser escolhido como se fosse um produto qualquer? Parece-nos que a lei quer regulamentar o processo de adoção, não permitindo nem a adoção dirigida, mas se esquece da livre escolha de perfil de criança ou adolescente.

O processo de adoção objetiva encontrar uma família substituta para o infante e não dar azo a desejos dos pretendentes de escolher um perfil desejado de filho, sendo certo que a adoção deve ser baseada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, não submetendo os infantes a procedimento discriminatório e que afronte seus direitos fundamentais, condicionando o sucesso da adoção a fatores físicos, logo, a escolha do perfil retira a oportunidade dos infantes encontrar uma nova família.

De outro lado, Amin (2018, p.387) destaca o cadastro realizado como uma forma muito eficaz de agilização do processo de adoção, tratando a sua existência como bastante útil, tendo em vista que facilita a compatibilidade entre adotante e adotado pela equipe profissional, e tornando mais célere o processo. Ademais, aborda que as informações constantes nos cadastros são repassadas periodicamente pelos abrigos, mantendo-se atualizada a situação de cada criança e adolescente, logo, demonstrando a real situação dos infantes aptos à adoção, neste sentido destaca:

É de grande vantagem a criação de um cadastro nacional de crianças/adolescentes e pessoas interessadas em adotar (devemos ressaltar que já defendíamos a ideia da centralização do cadastro desde a primeira edição desta obra), pois só assim conseguiremos ter um real mapeamento das crianças/adolescentes passíveis de ser adotadas. Isso fará com que possam ser tomadas as corretas medidas para sanar os problemas que acabaram por fazer com que essas pessoas em formação tivessem de sair do seio de sua família natural. Fará, também e principalmente, com que se verifique quem e quantas são estas crianças e adolescentes, fazendo com que se busque de forma mais rápida uma família para eles.

Assim, verifica-se que o cadastro foi implementado como forma de agilizar e auxiliar na escolha entre adotantes e adotados, visando a garantia de uma adoção de sucesso, minimizando o risco de desistências e devoluções por parte dos interessados em adotar, eis que aproximaria do perfil idealizado de filho esperado. Desse modo, inegavelmente, o cadastro é de grande importância, pois, além de prevenir demoras injustificadas na adoção, permite a viabilização de colocação de crianças e adolescentes, em condições de serem adotadas, em famílias substitutas de forma mais ágil, evitando os casos em que os pais se “arrependem” após a adoção, que trazem graves consequências para os filhos, situações estas que este dispositivo procura impedir (VERONESE, SILVEIRA e CURY, 2018).

Neste contexto, apesar de questionável a escolha do perfil pelos pretendentes e resultar em um entrave para o processo de adoção, posto que muitas crianças e adolescentes não se encaixam nos ideais do perfil selecionado pelos pretendentes, o objetivo do procedimento ao minimizar os riscos de se inserir os infantes em lares com famílias despreparadas para receber àquele determinado perfil é positivo, mormente a fim de evitar novas problemáticas e acarretar novo processo de abandono.

## ■ METODOLOGIA

A presente pesquisa decorre da curiosidade de se atentar quanto à possibilidade da escolha do perfil no processo de adoção, havendo inegável necessidade de aprofundamento teórico, tendo em vista tratar-se de confronto entre direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Assim, trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa que para Oliveira (2007, p. 37), exige “um processo de reflexão e análise da realidade através da utilização de métodos e técnicas para a compreensão detalhada do objeto de estudo em seu contexto histórico e ou segundo sua estruturação”. A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade. Henriques e Medeiros (2010) ponderam que o Direito, ao estudar os fenômenos sociais, expressam a sociedade de modo geral e não sujeitos em particular. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica. Neste sentido, a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa foi do tipo bibliográfica, que segundo Henrique e Medeiros (2010), possui capacidade investigativa e constitui conclusões e afirmações dos autores consultados, tratando-se de assimilação de conteúdos e reflexão. Ainda, tratou-se de uma pesquisa documental, ao acrescentar documentos jurídicos, que no dizer de Gil (2008) vale-se de materiais que não receberam tratamento analítico ou que, ainda, podem ser reelaborados. Entende-se que os documentos podem ser elucidativos e, da mesma forma, mostrar a complexidade e atualidade das quais o tema se reveste.

O método, como forma de explicitar a verdade, busca na dedução, a possibilidade constatar “verdades particulares em verdades universais” (CERVO; BERVIAN e SILVA, 2007). Assim, o texto buscou uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

A pesquisa foi explicativa e visou atender ao objetivo geral, registrando fatos, identificando e analisando as causas, ampliando generalizações, estruturas, definindo modelos teóricos e gerando hipóteses ou ideias por força de dedução lógica (LAKATOS e MARCONI, 2011). Para Gil (2008), a pesquisa explicativa é primordial para identificar fatores que contribuem para a ocorrência de fenômenos e tem o objetivo de aprofundar o conhecimento da realidade, possuindo grande utilidade para a aplicação prática.



## ■ ANÁLISE DE DADOS

A presente pesquisa foi realizada com análise de dados da adoção do Cadastro Nacional de Justiça – CNJ, a fim de atender o objetivo geral de abordar a possibilidade da escolha pelos adotantes do perfil do adotado, ante os princípios fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que repudiam qualquer forma de discriminação.

Com efeito, é importante ressaltar que o cadastro realizado pelos pretendentes surgiu com o intuito de agilizar o processo de adoção, averiguando a quantidade de infantes disponíveis, sendo possível obter um mapeamento, entre o perfil das crianças e adolescentes apto para adoção e os perfis pretendidos pelos adotantes.

Analisando os dados constatou-se que a escolha do perfil pode ser considerada um entrave para o processo de adoção, eis que há uma grande quantidade de crianças/adolescentes aptas a serem adotadas, todavia, sendo o número de pretendentes significativamente maior, importando mais de 8 pretendentes para cada infante que aguarda uma família. Contudo, diante da escolha do perfil, não há a aproximação das crianças/adolescentes aptos com os pretendentes, eis que a escolha de alguma característica, como raça, sexo, existência de irmãos ou idade, impede a aproximação.

Assim sendo, observa-se que em relação a adoção de irmãos há um entrave significativo no processo de adoção, visto que 62,75% dos pretendentes optam por adotar um único infante, quando há disponível para adoção 59,91% de crianças e adolescente que possuem irmãos, porém, a faixa etária, demonstra ser a característica com maior impacto no insucesso do procedimento adotivo. No período analisado, a título de exemplo se apurou a existência de 50 crianças de 1 ano para 4.728 pretendentes habilitados, enquanto haviam 572 adolescentes de 14 anos para 62 pretendentes, confirmando, assim, que a adoção tardia é um grande desafio.

Dessa forma, ao se permitir que os pretendentes em adotar selecionem o perfil da criança e do adolescente, na sua grande maioria escolhendo o perfil com as mesmas características físicas, etárias e biológicas, se permite um procedimento preconceituoso e discriminatório no processo de adoção, violando, assim os princípios fundamentais e do ECA tratados no presente estudo. Logo, não obstante o procedimento da escolha do perfil ser um instrumento utilizado na tentativa de minimizar os riscos de se inserir os infantes em lares com famílias despreparadas para receber àquele determinado perfil, a fim de evitar o insucesso do procedimento de adoção, com desistências ou devoluções, entende-se que a escolha pelo perfil desejado, acarreta um entrave no processo de adoção, visto que muitos infantes não se encaixam no perfil desejado, tornando uma afronta aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mormente no direito à convivência familiar e comunitária.

## ■ CONCLUSÃO

O presente artigo visou analisar a possibilidade da escolha do perfil do adotado, baseando-se nos princípios previstos no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na primeira parte, buscou-se relatar brevemente a história da infância e da proteção da criança e do adolescente, compreendendo que esta se traduz em uma trajetória de muitos avanços legislativos, porém, somente com a Constituição de 1988 foi reconhecida a doutrina da proteção integral já mundialmente consagrada desde 1959 com Declaração Universal dos Direitos da Criança. Com o Estatuto da Criança e do Adolescente se buscou efetivar as garantias constitucionais, já com observância as normas e princípios colacionados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1990.

Em seguida, foi abordado o conceito de adoção, sendo considerada uma medida protetiva de colocação em família substituta, percebendo-se que no decorrer dos anos o instituto sofreu

muitas alterações, recentemente atualizada a matéria pelas novas disposições da Lei 12.010/2009. Posteriormente, foi abordado no presente artigo os requisitos objetivos e subjetivos para a adoção, bem como os efeitos pessoais e de ordem patrimonial, que concernem em obrigação de prestar alimentos e direitos sucessórios.

Após, se discorreu acerca dos princípios norteadores do processo de adoção previstos no texto Constituição de 1988 e consagrados pelo Estatuto da Criança e Adolescente, dando ênfase para a doutrina da proteção integral, que enfatiza o dever do Estado, da sociedade e da família de proteger o infante, reconhecendo-o como sujeito de direito.

Por fim, se apresentou os dados da adoção do Cadastro Nacional de Justiça – CNJ, com o objetivo de averiguar os desdobramentos da possibilidade da escolha do perfil e suas consequências em relação à garantia à convivência familiar e comunitária, percebendo-se que a escolha do perfil, principalmente, em relação à existência de irmãos e faixa etária, contribuem significativamente para o entrave do processo adotivo e o cerceamento ao direito a convivência familiar e comunitária da criança e adolescente acolhido.

Nesta perspectiva, a par da escolha do perfil ser um instrumento utilizado na tentativa de minimizar os riscos de insucesso da adoção, essa possibilidade afronta aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mormente no direito à convivência familiar e comunitária, sendo deveras importante quebrar o paradigma do filho perfeito idealizado de acordo com as vontades e exigências dos pretendentes.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

AMIN, Andrea Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019. Todas com minúsculo/conferir tudo

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 nov. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015\\_2018/2017/lei/l13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015_2018/2017/lei/l13509.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em 25 ago. 2019

CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva e Almedina, 2013.

CARVALHO, Dimas Messias De. **Direito de famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CERVO, Luiz A.; BERVIAN, Pedro A.; SILVA, Roberto. **Metodologia científica**. 6ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 6, 2018.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito**. 7ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- LAKATOS, Eva; MARCONI, Marina. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. Ed. São Paulo: Atlas. 2011.
- LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e adolescente a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MAURO, Renata Giovanoni Di. **Procedimentos civis no estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente a lei 8.069/90**. 2006. 183 f. Dissertação (Curso de Direito) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- ORSELLI, Helena de Azeredo. **Adoção**: a possibilidade de escolha das características do adotando no processo de adoção – análise a partir dos fundamentos constitucionais. Disponível em: <<http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/adocao.pdf>>. Acesso em 05 de outubro de 2019.
- ROSSATO, Luciano Alves et al. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime Jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, Anulação. 3. ed. São paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescentes**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. **O direito da criança e adolescente**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayara; CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13 ed. ver. e atual. São Paulo, 2018.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil família**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

# A (DES)CONSTRUÇÃO DO GÊNERO NA INFÂNCIA: AS CRIANÇAS TRANSEXUAIS

Carina Finder Prochnow<sup>7</sup>

Euller Godinho<sup>8</sup>

Kariny Mariana Toledo dos Santos<sup>9</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem o objetivo de analisar a origem e definições da concepção do gênero nas diversas fases da vida, especialmente na infância, bem como estudar como o assunto é tratado na legislação nacional, trazendo casos reais acerca da transgeneridade. Há inquestionáveis controvérsias a respeito da infância e da relação sobre gênero e sexualidade, sendo assunto de vários debates no ambiente político, social, religioso, escolar e acadêmico, sobre a disforia da identidade de gênero e como ela se manifesta em divergência aos papéis de gênero, a respeito da forma (vestuário, comportamento, aparência, entre outros) socialmente aceita de como uma criança deve se portar. Existe muita confusão entre a identidade de gênero e orientação sexual, apesar de serem coisas distintas. Para o estudo é considerado o método indutivo e dedutivo, através de pesquisas bibliográficas. Serão analisados casos reais acerca de crianças brasileiras submetidas a tratamentos hormonais e cirurgias de confirmação de gênero, com o objetivo de contribuir para a discussão e visibilidade de um grupo marginalizado e violentado todos os dias, acarretando em inúmeras consequências físicas e psicológicas, desde a idade primária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transexualidade. Identidade. Intervenção. Gênero.

## ■ INTRODUÇÃO

O presente artigo foi desenvolvido através de análise de artigos e obras publicadas por especialistas na área da saúde e da psicologia.

Embora a legislação brasileira não tenha posição expressa em dispositivo, a questão transexual tem sido regulamentada através de portarias e resoluções. Poucos são os entendimentos jurisprudenciais, face a precariedade de leis que tenham por objeto a identidade de gênero, e se limitam na questão da retificação do nome.

Para a análise da questão transexual em crianças e adultos, o presente estudo foi dividido nos seguintes tópicos: 1) conceito e contexto, contendo o subtópico quadro de violência; 2) a transexualidade e a infância; 3) o atendimento e assistência de crianças e adolescentes transexuais no Brasil, se subdividindo nos subtópicos a) a legislação brasileira; b) a intervenção hormonal; e c) a intervenção cirúrgica; 4) casos de crianças transexuais brasileiras, se subdividindo nos tópicos a) Luiza; e b) Maria Joaquina Cavalcanti Reikdal.

<sup>7</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: carinafinder@hotmail.com.

<sup>8</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: euller.godinho@outlook.com.

<sup>9</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: kariny\_toledo@outlook.com

## ■ 1. CONCEITO E CONTEXTO

O que é comumente considerado como padrão universal é uma pessoa cisgênera e heterossexual<sup>10</sup>. No entanto, tanto a cisgeneridade quanto a heterossexualidade não são as únicas concepções de gênero e sexualidade.

A identidade não segue as normas de gênero normalmente atribuídas no nascimento. Lanz (2016, p. 12)<sup>11</sup> defende que o gênero é uma “classificação, hierarquização e controle social dos seres humanos baseado exclusivamente no seu sexo genital”. Dessa forma, o gênero nada tem a ver com fatores biológicos, uma vez que se trata de uma construção social, como se fosse um “código de conduta” que determine como cada pessoa deve se portar, de acordo com o gênero que lhe foi atribuído. Assim, os homens e mulheres são treinados precocemente a como se portar, agir, falar, vestir, entre outros, de acordo com as normas e papéis de gênero obrigatórias pela sociedade. Nesse sentido, o terapeuta sexual João Batista Pedrosa (DIAS, 2011, p. 412)<sup>12</sup> menciona que:

A identidade de gênero é a convicção íntima de uma pessoa pertencer ao gênero masculino ou ao gênero feminino. Diferente do papel de gênero, que são padrões de comportamentos definidos pela prática cultural na qual as pessoas vivem papéis estereotipadamente masculinos e femininos.

O processo de construção da identidade é complexo e, como afirma Butler (2008, p. 24-25)<sup>13</sup>, o gênero é um “artifício flutuante”, e que um homem e masculino pode estar perfeitamente presente em corpo feminino e vice-versa.

Transgênero é um guarda-chuva linguístico, abarcando transexuais, travestis e suas variações (LANZ, 2016, p. 21)<sup>14</sup>. Pessoas transgêneras são as que possuem a identidade de gênero diferente do sexo biológico, são aquelas que buscam o reconhecimento como mulheres ou homens transgêneros, ambos ou nenhum deles (JESUS, 2012, p. 14)<sup>15</sup>.

Lanz (2016, p. 6)<sup>16</sup> classifica o desconforto em relação as normas de gênero atribuídas de acordo com o sexo biológico como disforia de identidade de gênero.

Em que pese normalmente sejam tratadas como relacionadas ou conseqüentes uma da outra, identidade de gênero e sexualidade são conceitos completamente distintos. Enquanto a identidade de gênero se trata unicamente de como a pessoa sente, se insere e se apresenta em sociedade em relação ao papel de gênero a ela atribuído, a sexualidade se refere a sua afeição romântica e sexual acerca de outro indivíduo, conforme bem ilustra Jorge e Travassos (2018, p. 36)<sup>17</sup>:

<sup>10</sup> LANZ, Letícia. **Dicionário Transgênero**. [S.I.], 2016, p. 7, 14. Disponível em: <<http://leticialanz.blogspot.com/2016/08/dicionario-transgenero.html>>. Acesso em 11 nov 2019: “cisgeneridade é “a condição sociopolítica-cultural da pessoa que vive em plena conformidade com a classificação de gênero – homem ou mulher – recebida ao nascer em razão da sua genitália de macho ou de fêmea”, porquanto heterossexual “[...] diz-se do indivíduo que sente atração física e/ou romântica por pessoas do sexo oposto ao seu”.

COHEN, Cathy J Punks, **bulldaggers, and welfare queen: The radical potential of queer politics** in “Black Queer Studies”. E. Patrick Jhonson e Mae G. Henderson, eds. Duke UP, 2005. p. 24: a heteronormatividade é a prática “que legitimam e privilegiam a heterossexualidade e relacionamentos heterossexuais como fundamentais e ‘naturais’ da sociedade”.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 12.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

<sup>13</sup> BUTLER, J. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>15</sup> JESUS, J. G. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. **Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**. Brasília, 2012, p.

<sup>16</sup> op. cit., p. 6.

<sup>17</sup> JORGE, Marco Antonio Coutinho; TRAVASSOS, Natália Pereira. **Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência**. 1.ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Em termos linguísticos, gênero é uma categoria arbitrária e seu vínculo com o sexo é estabelecido segundo cada língua e seu léxico; a partir da antropologia, o gênero passou a ser utilizado para designar papéis sociais ligados ao sexo. O sexo de nascimento da criança designa um estado biológico sob a forma de homem ou mulher constituído por características físicas, sejam elas cromossômicas, hormonais ou anatômicas (internas ou externas). O gênero é uma construção cultural que costuma ser diretamente relacionada ao sexo e designa papéis, comportamentos, atividades e características considerados pela sociedade como apropriados aos meninos/homens e às meninas/mulheres. Assim, o sexo é da ordem do real do corpo, da anatomia e da biologia; o gênero é da ordem do simbólico e do imaginário, isto é, da ordem do sentido que a cultura na qual as pessoas vivem atribui ao que considera como masculino e feminino.

Como na biologia os sexos são definidos precisamente pela função que cada um deles ocupa na reprodução – nos mamíferos, o macho fecunda a fêmea, que gesta a descendência –, vê-se o quanto Freud foi longe ao discernir muito cedo, por meio do conceito de pulsão sexual, a sexualidade humana da atividade sexual animal. Se nos animais o instinto sexual os leva a copular para cumprir as leis biológicas da reprodução da espécie, a atividade sexual do ser humano busca o prazer nas relações sexuais.

No mesmo sentido, Felipe (2012, p. 47-58)<sup>18</sup>, as identidades sexuais dizem respeito ao campo afetivosexual, ou seja, a forma como os sujeitos vivenciam seus prazeres e desejos corporais, estabelecendo assim relações de afeto e/ou de interesse sexual para com os outros indivíduos, sejam eles do mesmo sexo (homossexuais), de ambos os sexos (bissexuais), do outro sexo diferente do seu (heterossexuais).

Dessa forma, em linhas gerais, a sexualidade se refere a busca pela satisfação sexual. No caso específico de pessoas transexuais, segundo Zambrano (2006, p. 6-7)<sup>19</sup> uma vez que se identificam como pertencentes ao gênero oposto a elas atribuído, sentir atração física e romântica por pessoa do gênero oposto é heterossexualidade.

## 1.1. O quadro de violência

Pessoas transexuais, crianças ou não, levam uma vida marcada por preconceito e violência das mais diversas formas. Em pesquisa realizada pelo *site* Gênero e Número no ano de 2019, 11 pessoas trans são agredidas por dia no Brasil.

Além da violência física, existe um número inestimado de pessoas transexuais agredidas psicologicamente. Nessa esteira, Carlos Alberto Bittar (2006, p. 120)<sup>20</sup> expõe que “o direito a integridade psíquica opõe-se a qualquer meio externo, humano ou técnico, tendente a alterar a mente de outrem ou a inibir sua vontade, sancionando-se ao atentado em nível penal e civil”, e havendo o dano, atende-se a um dos requisitos da responsabilização do agente.

De toda forma, a violência física e psicológica contra transexuais é significativa, levando em conta que transexuais tem a expectativa de vida de 35 anos (BORTONI, 2017, *web*)<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> FELIPE, Jane. Sexualidade na infância: dilemas da formação docente. In: XAVIER FILHA, Constantina (Org.). **Sexualidades, gênero e diferenças na educação das infâncias**. Campo Grande, MS: Ed: UFMS, 2012.

<sup>19</sup> ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais**. In: Horizontes Antropológicos. v.12, n. 26 Porto Alegre jul./dez. 2006.

<sup>20</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Forense universitária: Rio de Janeiro, 2006.

<sup>21</sup> BORTONI, Larissa. Senado. **Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional**. Agência Senado, [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 10 nov 2019.



## ■ 2. A TRANSEXUALIDADE E A INFÂNCIA

A infância é uma época marcada pelo descobrimento do mundo e do corpo. Já a adolescência é fortemente atingida por aspectos histórico-culturais e sociais, que contribuem para a construção do processo da identidade (SOUZA; MOREIRA, 2012, p. 69).

As crianças que não se identificam com o gênero imposto a elas enfrentam desde cedo a opressão e preconceito, levando, muitas vezes, a negar sua identidade de gênero, o que leva a auto aceitação ser uma realidade dolorosa, muitas vezes acarretando danos psicossociais na fase adulta (JESUS, 2013).

Os danos sofridos pela discriminação desde a infância somada à falta de apoio familiar resultam em baixo desempenho escolar, tentativas de suicídio, uso de substâncias psicoativas, sofrimento, ansiedade e depressão (ROBERTS et al., 2012).

## ■ 3. O ATENDIMENTO E ASSISTÊNCIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES TRANSEXUAIS NO BRASIL

Pioneiro no país, o Ambulatório Transdisciplinar de Identidade de Gênero e Orientação Sexual (AMTIGOS) do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo presta orientações e assistência a crianças transexuais e sua família, sob a coordenação do médico psiquiatra Alexandre Saadeh<sup>22</sup>.

Um dos avanços foi a edição de um manual de orientação aos pediatras acerca da disforia de gênero, realizada pela Sociedade Brasileira de Pediatria<sup>23</sup>. Nesse manual estão presentes vários dados informativos acerca do desenvolvimento da criança, sua identidade de gênero e a disforia, bem como demais elementos que a caracterizam.

No mesmo documento, a SBP (2017, p. 4) entende que:

É importante destacar que os estudos oferecem certa orientação, mas cada caso se apresenta como único. O pediatra deve participar junto à equipe multidisciplinar do seguimento destas crianças e adolescentes com postura atenta e cuidadosa, visando minimizar os riscos para cada sujeito, mas não fazer indicações de condutas sozinho.

Da mesma forma e presente no referido documento, a caracterização da disforia de gênero é realizada pela equipe multidisciplinar, visando sempre o bem-estar do indivíduo, de forma empática e integralizada. Como de praxe, uma vez caracterizada, é administrado apenas a intervenção hormonal, uma vez que a cirurgia de redesignação sexual é autorizada somente a partir dos 21 anos<sup>24</sup>.

### 3.1. A legislação brasileira

A legislação e o Conselho Federal de Medicina não tem um posicionamento específico no que tange ao acompanhamento de crianças e adolescentes com disforia de gênero além do Parecer nº 8/2013 da CFM<sup>25</sup>. Esse parecer trata, principalmente, das intervenções médicas adequadas para o acompanhamento da criança e adolescente.

<sup>22</sup> PINHEIRO, Cholé. **Crianças trans: especialistas falam sobre a disforia de gênero**. Abril. Disponível em: <<https://bebe.abril.com.br/desenvolvimento-infantil/criancas-trans-disforia-genero-infancia/>>. Acesso em: 11 nov 2019.

<sup>23</sup> SBP. **Guia Prático de Atualização Disforia de Gênero**, 2017, nº 4. Disponível em: <[https://www.sbp.com.br/fileadmin/user\\_upload/2017/06/19706c-GP-Disforia-de-Genero.pdf](https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/2017/06/19706c-GP-Disforia-de-Genero.pdf)>. Acesso em: 11 nov 2019.

<sup>24</sup> SOUTO, Luiza. **Cresce cirurgia de “mudança de sexo”. E nova regra pode aumentar os números**. [S.l.] Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/10/03/redesignacao-sexual-cresce-no-brasil-e-regras-devem-mudar.htm>>. Acesso em: 10 nov 2019.

<sup>25</sup> SBP, 2017, p. 12.



Existe um projeto de lei, atualmente arquivado, de autoria do então Deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ) e Erika Kokay (PT-DF)<sup>26</sup>. O projeto de lei, batizado de Lei João W Nery e Lei de Identidade de Gênero, seria o primeiro dispositivo legal a conter expressamente a questão da transexualidade em crianças e adolescentes.

Segundo o Portal do Ministério da Educação<sup>27</sup>, foi aprovada resolução que autoriza a utilização do nome social de travestis e transexuais na educação básica, e homologada pelo então ministro da educação, Mendonça Filho. Tal medida “busca propagar o respeito à identidade de gênero e minimizar estatísticas de violência e abandono da escola em função de bullying, assédio, constrangimento e preconceitos”<sup>28</sup>.

Em termos gerais, o processo transexualizador em adultos pelo SUS é regulado pelas Portarias nº 1.707 e 457, ambas de 2008, e ampliados pela Portaria nº 2.803 de 2013, e estão incluídos o direito de uma pessoa trans ser atendida humanamente, ter acesso a intervenções hormonais e cirúrgicas, entre outros<sup>29</sup>.

### 3.2. A intervenção hormonal

De acordo com Arán (2017, p. 19), a adoção de tratamentos hormonais tem a finalidade de induzirem o surgimento de características sexuais compatíveis. A administração desses hormônios deve continuar para o resto da vida, só cessando com a cirurgia.

Segundo o manual da SBP (2017, p. 7), a medicação hormonal é administrada com a orientação e supervisão de um médico endocrinologista, em conjunto com a equipe multidisciplinar, uma vez que acarreta em vários efeitos colaterais. Também afirma que:

Os critérios para intervenção hormonal compreendem: (1) O(A) adolescente demonstra um padrão duradouro e intenso de não conformidade de gênero ou disforia de gênero (seja velada ou expressa); (2) A disforia de gênero surgiu ou piorou com o início da puberdade; (3) O(A) adolescente tem condições biopsicossociais para manter o tratamento (avaliar riscos associados, apresentados na Tabela 3); (4) O(A) adolescente/ pais ou responsáveis assinaram o consentimento médico informado do tratamento.

Nesse sentido, infere-se que há uma série de elementos que precisam ser identificados antes da administração de hormônios, uma vez que, conforme o mesmo manual, existem vários efeitos colaterais que podem acarretar, inclusive, em hipertensão e até câncer de mama<sup>30</sup>.

De qualquer forma, muitos brasileiros com a disforia de gênero acabam por se automedicar antes mesmo de procurar atendimento médico, se informando, principalmente, pela internet (ARÁN, 2009, p. 19).

A intervenção hormonal consiste, principalmente, na administração de medicamentos de supressão puberal e de hormônios (estrógenos, para adquirir características tipicamente femininas ou testosterona, para características tipicamente masculinas)<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 5002/2013**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 11 nov 2019.

<sup>27</sup> MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Resolução que autoriza uso de nome social é homologada pelo Ministério da Educação, 2017, [S.l.]. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/211-218175739/59221-resolucao-que-autoriza-uso-de-nome-social-de-travestis-e-transexuais-e-homologada-pelo-mec>>. Acesso em: 14 nov 2019.

<sup>28</sup> Id, 2017, *web*.

<sup>29</sup> SBP, 2017, p. 12.

<sup>30</sup> Id, 2017, p.7.

<sup>31</sup> Id, 2017, p. 8-9.

### 3.3. A intervenção cirúrgica

No Brasil, ressalte-se, a cirurgia só pode ser realizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) depois dos 21 anos de idade. Trata-se de uma intervenção irreversível<sup>32</sup>.

Na cirurgia FTM (*female to male* - feminino para masculino), o procedimento mais comum “são mastectomia bilateral com contorno torácico masculino, remoção da genitália feminina que inclui histerectomia total com ooforectomia bilateral e cirurgia reconstrutiva genital”<sup>33</sup>.

Já a cirurgia MTF (*male to female* – masculino para feminino), consiste em mamoplastia de aumento, penectomia, orquiectomia, vaginoplastia, clitoroplastia e vulvoplastia<sup>34</sup>.

## ■ 4. CASOS DE CRIANÇAS TRANSEXUAIS BRASILEIRAS

Em que pese o processo transexualizador seja complexo e burocrático, existe um número significativo de notícias de crianças e adolescentes transexuais. A seguir os dois que tiveram maior destaque.

### 4.1. Luiza\*

Segundo Farias (2017, *web*), Luiza (nome fictício), de 9 anos, é a primeira criança transexual do Brasil a receber a autorização da justiça para mudar o nome e gênero para o feminino nos documentos dela<sup>35</sup>.

De acordo com a mesma reportagem, a decisão foi do juiz Anderson Candioto, do estado do Mato Grosso, e foi recebida pela família com muita emoção.

### 4.2. Maria Joaquina Cavalcanti Reikdal

Maria Joaquina, de 11 anos, é uma patinadora artística que teve sua inscrição no Campeonato Sul-Americano 2019 indeferida, sob o argumento de que não poderia competir entre as meninas<sup>36</sup>.

Após lutar na justiça e o caso chegar até o Superior Tribunal de Justiça, o último emitiu um parecer favorável e a garota conseguiu participar do campeonato, que aconteceu em Joinville, Santa Catarina, obtendo repercussão nacional<sup>37</sup>.

## ■ CONCLUSÃO

Conforme já exposto, a identidade de gênero se refere ao que uma pessoa sente de si mesma e de seu gênero, da forma que ela se expressa em conformidade com ele.

Pessoas trans existem, e a forma de segregação, discriminação e preconceito praticado contra essas pessoas apenas emerge o quão hostil pode ser o homem e o mundo em que habita. Quando se trata de crianças, a condenação e repressão quanto a sua identidade de gênero é

<sup>32</sup> SBP, 2017, p. 11.

<sup>33</sup> CFM. **PROCESSO-CONSULTA CFM nº 6/2019 – PARECER CFM nº 25/2019**. Brasília: CFM, 2019, p. 2. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2019/25\\_2019.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2019/25_2019.pdf)>. Acesso em: 11 nov 2019.

<sup>34</sup> SBP, 2017, p. 10

<sup>35</sup> FARIAS, Adriana. **Criança de 9 anos é a primeira no Brasil a ser autorizada pela justiça a mudar de nome e gênero**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/crianca-transsexual-primeira-justica-nome-genero-mudanca/>> Acesso em: 14 nov 2019.

<sup>36</sup> STABILE, Arthur; VASCONCELOS, Paloma. **Criança trans é impedida de participar de competição internacional de patinação**. 2019 [S.l.]. Disponível em: <<https://ponte.org/crianca-trans-e-impedida-de-participar-de-competicao-internacional-de-patinacao-artistica/>>. Acesso em: 15 nov 2019.

<sup>37</sup> G1. **Menina transgênero participa de competição de patinação em Joinville após conseguir vaga na Justiça**. 2019, [S.l.]. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2019/04/22/menina-trans-participa-de-competicao-de-patinacao-em-joinville-apos-conseguir-vaga-na-justica.ghtml>>. Acesso em: 16 nov 2019.

ainda mais forte. De um lado, os chamados defensores da família tradicional apelam à família nos padrões que eles mesmos constroem, e toda criança considera-se, de antemão, heterossexual, e é submetida à norma e papéis de gênero. Sem possibilidade de escolha e de saída. É uma criança que privam de qualquer forma de luta e resistência, a privam da possibilidade de usar livremente o seu corpo, e desde precocemente é ensinado que ela não tem controle nem escolha sobre ele. Essa infância que eles afirmam proteger exige o terror, a opressão e a morte.

Os assuntos transexualidade e a sexualidade em si são revestidas de tabu, o que o faz ser pobremente discutido no âmbito do lar, escola e afins. Muito se vem da cultura, da religião, em que não é aceitável a sexualidade fora do padrão definido e é considerado transgressão, e no imaginário persiste a ideia que, parando de falar sobre, as diversidades deixam de existir.

Nos últimos anos, ainda que a passos largos, tem se notado mudanças de abordagem do processo e procedimento transexualizador, em que ressalta-se a questão do atendimento humanizado, respeitoso. É uma busca por progresso, palavra inclusa na bandeira do nosso país, esse mesmo país que mais mata transexuais no mundo (QUEIROGA, 2018, web).

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARÁN, Márcia. **Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência transexual: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde.** *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 19, n. 1, p. 15-41, 2009.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. **Relatório de Violência Homofóbica no Brasil: ano 2012.** Brasília, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 7. ed. Forense universitária: Rio de Janeiro, 2006.

BORTONI, Larissa. Senado. **Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional.** Agência Senado, [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 10 nov 2019.

BRETAS, J. R. S. **Mudanças: A corporalidade na adolescência.** Tese (Doutorado em Enfermagem), Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://repositorio.unifesp.br/bitstream/handle/11600/18442/Tese-7605.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BUTLER, J. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CFM. **PROCESSO-CONSULTA CFM nº 6/2019 – PARECER CFM nº 25/2019.** Brasília: CFM, 2019, p. 2. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2019/25\\_2019.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2019/25_2019.pdf)>. Acesso em: 11 nov 2019.

COHEN, Cathy J. Punks, **bulldaggers, and welfare queen: The radical potential of queer politics** in “Black Queer Studies”. E. Patrick Jhonson e Mae G. Henderson, eds. Duke UP, 2005. p. 24.

DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

FARIAS, Adriana. **Criança de 9 anos é a primeira no Brasil a ser autorizada pela justiça a mudar de nome e gênero.** São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/crianca-transexual-primeira-justica-nome-genero-mudanca/>> Acesso em: 14 nov 2019.

FELIPE, Jane. Sexualidade na infância: dilemas da formação docente. In: XAVIER FILHA, Constantina (Org.). **Sexualidades, gênero e diferenças na educação das infâncias.** Campo Grande, MS: Ed: UFMS, 2012.

G1. **Menina transgênero participa de competição de patinação em Joinville após conseguir vaga na Justiça.** 2019, [S.l.]. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2019/04/22/menina-trans-participa-de-competicao-de-patinacao-em-joinville-apos-conseguir-vaga-na-justica.ghtml>>. Acesso em: 16 nov 2019.

JESUS, J. G. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. **Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião.** Brasília, 2012.

JESUS, J. G. **Crianças trans: memórias e desafios teóricos.** In: III seminário internacional enlaçando sexualidades, Universidade do Estado da Bahia - Campus I, Salvador, 2013.

JORGE, Marco Antonio Coutinho; TRAVASSOS, Natália Pereira. **Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência.** 1.ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

KACHANI, Morris. **O universo trans. Estadão, [S.l.]** 2018. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/blogs/inconsciente-coletivo/o-universo-trans/>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

KARLA, Fernanda. **Crianças e adolescentes transexuais brasileiros: Atributos associados à qualidade de vida.** 2019. 112 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

PINHEIRO, Cholé. **Crianças trans: especialistas falam sobre a disforia de gênero.** Abril [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://bebe.abril.com.br/desenvolvimento-infantil/criancas-trans-disforia-genero-infancia/>>. Acesso em: 11 nov 2019.

QUEIROGA, Louise. **Brasil segue em primeiro lugar do ranking de assassinatos de transexuais.** Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-segue-no-primeiro-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais-23234780>>. Acesso em: 16 nov 2019.

ROBERTS. S. L. et al. Childhood gender nonconformity: a risk indicator for childhood abuse and posttraumatic stress in youth. **Pediatrics**, n. 129, n. 3, p. 310-7, 2012. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3289524/?report=reader>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

SILVA, Vitória Régia da. **Transfobia: 11 pessoas trans são agredidas a cada dia no Brasil.** Gênero e Número, [S.l.] 2019. Disponível em: <<http://www.generonumero.media/transfobia-11-pessoas-trans-sao-agredidas-a-cada-dia-no-brasil-2/>>. Acesso em: 10 nov 2019.

SOUSA, M. DO C.; MOREIRA, M. I. C. Adolescência em Camadas Populares: Particularidade e Singularidade na Trama Escolar. **Pesquisas e Práticas Psicossociais**, v. 7, n. 1, p. 68-75, 2012. Disponível em: <[https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistalapip/Volume7\\_n1/Souza\\_%26\\_Moreira.pdf](https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistalapip/Volume7_n1/Souza_%26_Moreira.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2019.

STABILE, Arthur; VASCONCELOS, Paloma. **Criança trans é impedida de participar de competição internacional de patinação.** 2019 [S.l.]. Disponível em: <<https://ponte.org/crianca-trans-e-impedida-de-participar-de-competicao-internacional-de-patinacao-artistica/>>. Acesso em: 15 nov 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Regional assessment of HIV, STI and other health needs of transgender people in Asia and the Pacific.** World Health Organization, Regiona, Office for the Western Pacific: 2013.

ZANETTE, J. M. **Dos enigmas da infância: transexualidade e tensionamentos dos scripts de gênero.** Trabalho de conclusão (Especialização em Docência na Educação Infantil) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2016.

## O PARADOXO DA EUTANÁSIA E DA AUTONOMIA DA VIDA: UM ESTUDO ACERCA DA “BOA MORTE”

Carina Finder Prochnow<sup>38</sup>  
Euller Godinho<sup>39</sup>  
Kariny Mariana Toledo dos Santos<sup>40</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a determinação da autonomia da vida garantida pelo direito positivado e a sua relativização em contextos sociais, religiosos, culturais e políticos, exercendo forte influência sobre a legislação brasileira, no que concerne à eutanásia, atualmente sendo tipificada penalmente como homicídio privilegiado. A eutanásia pode ser traduzida como a boa morte, dentro da concepção de dignidade e liberdade. O direito à vida trata-se de um direito praticamente absoluto, cuja relatividade só é permitida em casos extremamente pontuais, se previstos expressamente em lei. Nesse sentido, aborda o cenário atual de política com vertentes baseadas, muitas vezes, em presunções, bem como a proposição de projetos de lei nesse sentido. O objetivo é fazer uma análise bioética nos aspectos médico, ético e jurídico, através de entendimento e análise doutrinária, da questão da eutanásia e da distanásia, diante de avanços tecnológicos e medicinais que permitem prolongar a vida mesmo contra a vontade do paciente ou sem a efetiva comprovação de benefícios provenientes dessa técnica, a fim de seguir rigorosamente princípios e normas impostos pela legislação brasileira, resultando em consequências físicas e psicológicas por aqueles que transitam entre as veredas da morte. Pelo presente, verifica-se a imputação de penalidade ante a interpretação constitucional e em demais dispositivos legais pertinentes, tanto nacionalmente quanto internacionalmente, diante de casos já ocorridos. Para isso, utilizou-se como metodologia a abordagem qualitativa, fundamentada em pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Eutanásia. Direito à Vida. Direitos Humanos.

### ■ INTRODUÇÃO

O presente tema abordado, apesar de não ser novidade, apresenta grandes desafios no meio jurídico, diante da grande complexidade que é a discussão acerca da vida e sua limitação.

O fato é que, o ser humano insiste em viver a vida como se ela nunca fosse ter um fim. E, quando esse fim chega, o desejado é que seja o menos sofrido possível.

Nesse sentido, o presente artigo procura refletir acerca das limitações jurídicas da eutanásia, que se traduz pela forma de provocar ou antecipar a morte, diante de um quadro de doença que cause sofrimento e seja irreversível.

Será abordado, inicialmente, o conceito e origem histórica, em seguida, os princípios constitucionais acerca da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o conflito entre os mesmos frente à boa morte. Após é abordado os diferentes tipos de morte e, por fim, a omissão legislativa acerca da eutanásia e a tipificação analógica com o homicídio ou auxílio a suicídio.

<sup>38</sup> Acadêmica do 9º semestre do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: carinafinder@hotmail.com.

<sup>39</sup> Acadêmico do 9º semestre do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: euller.godinho@outlook.com.

<sup>40</sup> Acadêmica do 9º semestre do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: kariny\_toledo@outlook.com.

## ■ 2. CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA

A palavra eutanásia tem origem no século XVII e foi criada pelo filósofo inglês Francis Bacon, que se traduz como boa morte, cujo objetivo é cessar com a vida por conta de uma doença incurável ou sofrimento eminente de uma pessoa. Sua definição remete a ajuda para morrer, antecipando a morte do sujeito, que tem um fim inevitável (FRANÇA, 2003).

A eutanásia é conhecida como boa morte, pois traz o descanso para quem sofre, através de um ato muitas vezes visto como piedoso. Nas palavras de Mendes e Branco (2017, p. 261), a eutanásia está ligada a uma deliberada ação, que tem em mira o encerramento da vida de uma pessoa que sofre de um mal terminal, padecendo de dores substanciais, ou seja, a eutanásia é uma forma de instalação da morte natural, sem prolongar o sofrimento e a submissão a tratamentos dolorosos e inúteis.

A eutanásia teve origem histórica em Atenas, a cerca de 400 a.C. onde era permitido o sacrifício de idosos, fracos e inválidos, através da morte serena, dando-lhes o *conium maculatum*, uma bebida venenosa dada em cerimônias especiais (VIEIRA, p. 115). Tal época prevalecia na Grécia o direito coletivo, acima da vontade própria do indivíduo, sendo que o Estado tinha pleno poder para cessar a vida da população, o que ficará conhecido como falsa eutanásia, visto que, não era o indivíduo que escolhia pôr fim a vida, e também, não estava em fase terminal, apenas era visto como inútil a sociedade.

Na Grécia, diferente dos dias atuais, a prática da eutanásia não tinha ligação com piedade do indivíduo, mas sim, como uma forma de eliminar os improdutivos da sociedade. Platão defendia tal prática ao qual é descrita no seu livro “A República”, causando muita polêmica na época e surgindo pensamentos contrários como o de Hipócrates, que abominava esta conduta (VIEIRA, p. 115).

Na Roma a prática da falsa eutanásia também era comum como forma de neutralizar os considerados improdutivos da sociedade.

Nas palavras de Morais (2012, web), em Esparta “a sociedade guerreira por excelência, era prática comum lançar-se do monte Taígeto os nascituros que apresentassem defeitos físicos”, visto que estes não conseguiriam defender Esparta em guerras.

Desta forma, na antiguidade a prática da eutanásia, e até mesmo da falsa eutanásia era comum dentre a sociedade, no entanto, com o cristianismo a prática passou a ser condenada. Na Declaração sobre a eutanásia feita pelo Vaticano (1980) redigida pelo Papa Pio XII, é possível extrair:

A vida humana é o fundamento de todos os bens, a fonte e a condição necessária de toda a actividade humana e de toda a convivência social. Se a maior parte dos homens considera que a vida tem um carácter sagrado e admite que ninguém pode dispor dela a seu bel-prazer os crentes vêem nela também um dom do amor de Deus, que eles têm a responsabilidade de conservar e fazer frutificar.

Desta forma, a vida é a base de tudo, não podendo o homem abrir mão dela e nem mesmo utilizar de meios ineficazes para prolongar a vida do enfermo, pois, a hora de partir a Deus pertence, sendo esta um dom divino.

O judaísmo, religião mais antiga, também condena a prática da eutanásia, baseado na tradição hebraica, contudo Freire de Sá (2001, p. 101) “o *halakhah*<sup>41</sup> procede a distinção entre prolongamento da vida do paciente, que é obrigatório, e o prolongamento da agonia, que não é. Para os judeus, a eutanásia ativa afigura-se como um franco assassinato, pelo que é definitivamente proibida”.

41 Sistema judeu que estrutura o paciente para a hora da morte.



No Budismo, a eutanásia não é vista como uma oposição, sendo apenas uma passagem transitória. Nas palavras de Freire de Sá (2001, p. 105) “resta dizer que os homens foram instruídos por Buda para que não fizessem qualquer plano sem contar com a morte, pois ela é inevitável e não respeita ninguém”. O budismo também concorda com a inserção de drogas a fim de aliviar dores insuportáveis, as quais o medicamento põe fim.

Posteriormente a condenação da eutanásia por grupos religiosos, durante a Segunda Guerra Mundial, em 1939, a eutanásia foi desvirtuada pelos Nazistas passando a ser um meio de eliminar vidas conhecido como higienização social. A falsa eutanásia foi coordenada pelo jurista Carlos Binding e o psiquiatra Alfredo Hoche, que se tornaram profetas da eugenia “purificação da raça” publicando um folheto intitulado de “A autorização para exterminar as vidas sem valor vital” (MENEZES, 2009).

A eutanásia de fato, teve previsão legal pela primeira vez em 1934, no Uruguai, classificando tal ação como homicídio piedoso, advindo de um ato de clemência no seu Código Penal.

## ■ 3. PRINCÍPIOS

### 3.1. Dignidade da Pessoa Humana

Não há um conceito uniforme para descrever o princípio da dignidade da pessoa humana, pois ele deve ser utilizado de forma extensiva a fim de tutelar os direitos do ser humano, por exemplo, na área cível a dignidade da pessoa humana terá outro enfoque do que no direito penal (BASTOS, *web*).

Especificadamente na eutanásia, o sentido que se abrange é o da autonomia com enfoque na dignidade dos enfermos. Nas palavras de Canotilho e Moreira (2008, p. 105):

O conceito de Dignidade da Pessoa Humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do Homem (...), ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência Humana.

A eutanásia é comumente apoiada com base neste princípio, que não apenas considera a vida como um bem, mas sim a vida digna, na qual o enfermo, que não suporta mais as dores decorrente da sua patologia, pode escolher entre viver ou morrer baseado nas suas escolhas. O princípio da dignidade da pessoa humana entra em conflito com o direito à vida, pelos motivos abaixo abordados.

### 3.2. Direito à vida

O direito à vida é conceituado como a proteção legal de viver, tanto para brasileiros ou estrangeiros residentes no país, tal proteção é a base da nossa Carta Magna, norteando todos os princípios e leis (Morais, 2005). O princípio do direito à vida está consagrado no caput do artigo 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: “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 (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Moraes (2005, p. 45) “a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.

### 3.4. Confronto entre os princípios

A eutanásia provoca um choque quando se trata dos princípios abordados, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Se de um lado o valor da escolha do homem afere sua dignidade, do outro sucateia o direito à vida. Mesmo que o enfermo não queira fazer jus a esse direito, ele é inerente e intrínseco à sua vontade (ÂMBITO JURÍDICO, *web*).

Embora o Código de Processo Penal não tenha expresso o princípio da dignidade da pessoa humana em sua letra, traz em seu art. 3º: A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Dessa forma, ainda que a legislação seja anterior à nova Constituição, entende-se que os princípios e fundamentos advindos da nova Constituição também se aplicam ao Processo Penal.

## ■ 4. DIFERENTES TIPOS DE MORTE

### 4.1. Ortotanásia

Ortotanásia, ou eutanásia passiva, significa parar com atividades ou tratamentos que prolonguem de forma artificial a vida. Significa cessar tratamentos que não tenham comprovação de eficácia, é a morte natural sem interferência da ciência.

A ortotanásia não configura qualquer tipo penal, e é inclusive regulamentada através do artigo 1 da Resolução CFM nº 1.805/2006, em que determina que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

### 4.2. Distanásia

Distanásia é o contrário de eutanásia, pois visa prolongar de modo penoso e excessivo a vida de um paciente em estado terminal, morte demorada e sofrida.

A distanásia, nas palavras de Viera (2009, p. 233), consiste em um método que vai contra a dignidade da pessoa humana e deve ser evitada, se o paciente não optar por todos os meios terapêuticos disponíveis para prolongar sua vida.

Desta forma, a palavra *dys* vem do grego “ato defeituoso”, que tenta diversas formas para prolongar a vida, mesmo com o sofrimento do paciente (VIEIRA, 2009).

### 4.3. Mistanásia

Como bem conceitua Lavor (2018, *web*),

A palavra mistanásia advém do vocábulo grego *mis* (infeliz) e *thanatos* (morte), significando, portanto, uma morte infeliz. O termo é utilizado para se referir à morte de pessoas que, excluídas socialmente, acabam morrendo sem qualquer ou apenas uma precária assistência de saúde. Assim, podemos afirmar que as vítimas da mistanásia são as pessoas que não dispõem de condições financeiras para arcar com os custos advindos dos tratamentos da própria saúde, ficando na dependência da prestação de assistência pública.

Nesse sentido, mistanásia é a morte antes da hora, podendo ocorrer nos casos de omissão de socorro, erro médico, imprudência ou imperícia.

## ■ 5. A OMISSÃO LEGISLATIVA ACERCA DA EUTANÁSIA

Compulsando as leis e normas do direito brasileiro, é notável a falta de regulamentação ou menção a possibilidade da boa morte.

No entanto, está presente a proibição da mesma na Resolução CFM nº 1931/2009 (Código de Ética Médica):

É vedado ao médico:

[.]

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Observamos que, enquanto o *caput* se refere acerca do impedimento da prática da eutanásia, o parágrafo único traduz o conceito de ortotanásia.

Ainda que não haja alguma tipificação penal sobre a eutanásia em si, enquadra-se, por analogia, o artigo 121 do Código Penal (homicídio simples ou qualificado). Dependendo do caso, pode ser enquadrado como participação em suicídio, previsto no artigo 122 do mesmo diploma legal (GUERRA FILHO, 2005, p. 41).

De acordo com Pícolo (2012, p. 19), traz relevantes informações de como a prática é vista internacionalmente nesse sentido:

A corrente de pensamento dominante na legislação penal mundial é a do tratamento da eutanásia como homicídio privilegiado, tendo a pena reduzida e equiparada, como no caso da Argentina, à do crime correspondente ao de instigação e auxílio ao suicídio previsto em nossa legislação. É possível observar esta realidade no artigo 116 do Código Penal costarriquenho e no artigo 157 do código peruano. Adotam este entendimento também Noruega, Polônia e Suíça. Outros países preferem tratar a eutanásia como um tipo penal próprio diferenciado do homicídio: é o que acontece em Cuba, na Áustria e na Grécia. Nestes casos, no entanto, o espírito da lei também é o de manter a conduta como crime, mas oferecendo um tratamento punitivo mais brando.

Um Projeto de Lei (nº 125/96) foi criado para normatizar a eutanásia, mas nunca foi para votação.

## ■ CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, concluímos que a eutanásia nada mais é do que acabar com o sofrimento inevitável e irreversível do paciente acometido por uma grave doença ou lesão. Não há razão para prolongar a angústia do paciente, diante de uma morte certa, no entanto, não há previsão legal que justifique ou inocente tal prática.

No artigo apresenta-se um panorama geral acerca da eutanásia e seu conceito, bem como os demais tipos de morte, como a distanásia, ortotanásia e mistanásia.

Para que em um futuro ocorra a despenalização da eutanásia, é necessário um amplo debate político e social acerca da mesma, para que seja de conhecimento os requisitos necessários e a comprovação de que a conduta realmente é benéfica.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÂMBITO JURÍDICO. **Dignidade da Pessoa Humana e Eutanásia: Breves Considerações**. [S.l.] 2011. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-91/dignidade-da-pessoa-humana-e-eutanasia-breves-consideracoes/>>. Acesso em: 30 nov 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.805/2006. [S.l.]. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 30 nov 2019.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM Nº 1.805/2006**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 30 nov 2019.

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

BARBOSA, Gabriela. **A vida como direito humano**. [S.l.], 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63960/a-vida-como-direito-humano>>. Acesso em 30 nov 2019.

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva; FEDERICO, Losurdo. Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Investigações Constitucionais**, [s.l.], v. 5, n. 2, p.165-555, 1 maio 2018. Universidade Federal do Parana <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i2.52151>.

DALL'AGNOL Darlei, **Bioética**. [S.l.] [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788537805824/cfi/6/10!/4/2/106@0:0>>.

FRANÇA, Genival Veloso de. Eutanásia: um enfoque ético-político. **Caderno Jurídico**. São Paulo. v. 1. Fasc. 02. jun. 2003.

GUERRA FILHO, F. J. M. **Eutanásia: Direito à “boa” morte e despenalização da piedade médico-homicida consentida**. DireitoNet, 2005. Disponível em: Acesso em: 28 nov 2019.

HORTA, Márcio Palis. **Eutanásia - Problemas éticos da morte e do morrer**. [S.l.] Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/290/429](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/290/429)>. Acesso em 30 nov 2019.

LAVOR, Francisco Paula Ferreira. **Mistanásia: uma breve análise sobre a dignidade humana no Sistema Único de Saúde no Brasil**. [S.l.] 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68102/mistanasia-uma-breve-analise-sobre-a-dignidade-humana-no-sistema-unico-de-saude-no-brasil>>. Acesso em 30 nov 2019.

MENDES, Ferreira, G. Série IDP - Curso de direito constitucional, 12ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825/>.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Henrique Vieira Bandeira Moraes. **Da eutanásia no direito comparado e na legislação brasileira**. [S.l.] 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23299/da-eutanasia-no-direito-comparado-e-na-legislacao-brasileira/1>>. Acesso em 30 nov 2019.

OLIVEIRA et al. Ética e eutanásia. **Simpósio Medicina e Direito**. Vol. 2, Nº3. [S.l.]. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/237760047\\_Etica\\_e\\_eutanasia](https://www.researchgate.net/publication/237760047_Etica_e_eutanasia)>. Acesso em 30 nov 2019.

PEREIRA, Sandra Aparecida; PINHEIRO, Ana Claudia Duarte. Eutanásia. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 3, n. 3, p.180-196, set. 2008. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10965/9649>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

PÍCOLO, Guilherme Gouvêa. O direito de morrer: eutanásia, distanásia e ortotanásia no direito comparado. **Revista Investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, ano 4, vol. 18, p. 16-21, mar./abr. 2012.

ZAMATARO. Yves A. R. **Eutanásia – direito a uma morte digna ou um crime?**. [S.l.] 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI179433,41046-Eutanasia+direito+a+uma+morte+digna+ou+um+crime>>. Acesso 30 nov 2019.

## O DIREITO DO ADOTADO À IDENTIDADE BIOLÓGICA

Joana Maria da Silva Alves<sup>42</sup>  
Janaína Silveira Soares Madeira<sup>43</sup>

**RESUMO:** O presente estudo aborda o direito do adotado à identidade biológica. O tema é importante em razão de tratar do exercício de direitos fundamentais, que são elementos que configuram a ordem do Estado, inerentes à dignidade da pessoa humana, tal qual o direito à verdade biológica. O objetivo deste artigo, é analisar a possibilidade do reconhecimento à identidade biológica na adoção e a legalidade da coexistência da parentalidade socioafetiva cumulada com a biológica, quais seus efeitos jurídicos e consequências que se apresentam na perspectiva do Direito das Famílias e Direito das Sucessões. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica, com fonte em doutrinas, legislações e jurisprudências. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Os resultados apontam no sentido de que a parentalidade socioafetiva pode coexistir com a biológica, inexistindo hierarquia entre as modalidades de parentalidade, sendo sempre visado o bem-estar e melhor interesse da criança/adolescente, desde modo, se for para o bem-estar e de interesse do adotado, a verdade biológica poderá ser buscada, até para reconhecimento em registro civil, cumulativamente com a socioafetiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Adoção. Direito à Identidade Biológica. Parentalidade socioafetiva.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como alvo o estudo dos direitos que a criança e o adolescente adotados possuem à sua identidade biológica, discorrendo acerca das diferenças entre a paternidade socioafetiva e a biológica, que foram tomando novas formas e definições, ante a evolução do conceito de família, na qual somente os laços de consanguinidade não sustentam mais as relações relativas ao vínculo familiar, principalmente, quando analisadas sob a ótica dos princípios insertos no texto constitucional de 1988, especialmente o Princípio da Afetividade.

As questões relativas a paternidade socioafetiva e biológica vem ganhando destaque no direito brasileiro, de forma que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, com fulcro na Repercussão Geral nº 622, formulada no Recurso Extraordinário (RE) 898060, todavia, não isentando os pais biológicos da responsabilidade com o filho (FUX, 2018).

Para compreensão da temática, torna-se necessário discorrer sobre a adoção, mormente sua relação e associação aos tipos de paternidade que serão analisados no presente trabalho. No Brasil, existem cerca de 4.983 crianças e adolescentes aptos para adoção e 42.511 pretendentes disponíveis e aptos para adotar, segundo dados do Cadastro Nacional de Adoção – CNA<sup>44</sup>. Percebe-se, assim, que a disparidade é significativa, pois o número de pretendentes supera em mais de oito vezes o número de crianças e adolescentes aptos a adoção, o que revela diversos problemas

<sup>42</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

<sup>43</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

<sup>44</sup> A consulta ao Cadastro Nacional de Adoção é pública podendo ser realizada pelo site: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Os dados são atualizados diariamente na medida que os processos de adoção são finalizados. Os dados ora apresentados foram consultados em 05/06/2019.

relacionados à adoção nacional, tais como a morosidade do Judiciário, a falta de estrutura do poder público e em destaque a escolha do perfil da criança/adolescente idealizada pela maioria dos pretendentes (BRASIL, 2019).

Portanto, o tema do presente trabalho deve ser amplamente debatido, pois além de tratar-se do exercício de direitos fundamentais, que são elementos que configuram a ordem do Estado, inerentes à dignidade da pessoa humana, muito se discute acerca das dificuldades históricas e que não conseguem ser superadas relacionadas à adoção no Brasil, deixando-se de lado os debates acerca dos direitos efetivos da criança/adolescente adotado, como o direito à identidade biológica e seus efeitos, mesmo havendo sido reconhecida a paternidade socioafetiva.

Desta forma, será demonstrado, no presente trabalho, a possibilidade do reconhecimento à identidade biológica na adoção e, também, nesta seara, a perspectiva de cumulação da paternidade socioafetiva com a biológica.

Neste contexto, imperioso destacar que a efetivação da adoção se dá por meio de sentença judicial, da qual acarretam efeitos jurídicos diversos, mormente àquele que atribui a criança/adolescente, a condição de filho que terá todos os direitos e deveres de um filho natural, tanto direitos pessoais, como patrimoniais dentro do laço familiar (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017).

De outro lado, busca-se verificar o direito à verdade biológica do adotado, que se constitui como direito fundamental, decorrente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ainda que o adotado esteja satisfeito e com todas as suas necessidades atendidas pela família socioafetiva, possui o direito à identidade biológica, conhecer suas raízes, independentemente do vínculo afetivo criado com a família substituta, sendo certo que o fato de algum dia um terceiro ter decidido por criar aquela criança/adolescente, não impede que o adotado tenha conhecimento da verdade (DIAS, 2011).

Ademais, a própria Lei 12.010/2009, conhecida como Lei da Adoção, promoveu a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, estabelecendo nova redação ao art. 48, para garantir ao adotado, após completar 18 anos, o direito de conhecer a sua origem biológica, bem como, ter acesso irrestrito ao processo no qual ocorreu a destituição do poder familiar e promoveu a sua colocação em família substituta pela adoção, sendo possível, inclusive, o acesso ao processo de adoção anteriormente à maioridade, caso seja assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica, na forma do parágrafo único do artigo citado.

Nesta perspectiva, será analisado no presente trabalho, a possibilidade e a legalidade da coexistência da parentalidade socioafetiva cumulada com a biológica, na perspectiva do Direito das Famílias e Direito das Sucessões, discorrendo sobre os efeitos jurídicos advindos para o adotado no exercício do direito à sua verdade biológica.

## ■ 1. DAS RELAÇÕES FAMILIARES E DA PARENTALIDADE BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consolidou o Princípio da Dignidade Humana, previsto no art. 1º, III, tendo como um dos objetivos, a valorização do indivíduo em relação ao seu lugar na família e estabeleceu, ainda, a liberdade de constituir família independente de laço sanguíneo, possuindo como fonte de ligação, o afeto.

O conceito de família evoluiu no direito brasileiro, ao longo dos anos, acompanhando a evolução social. O Código Civil de 1916 estabelecia a família como um bem jurídico, onde o marido era considerado o chefe da sociedade conjugal, responsável pela administração da família e, a mulher mera colaboradora, conforme se extrai do disposto nos arts. 70 e 233 a 255 do CC/1916 revogados.

Atualmente, o Código Civil de 2002, nos arts. 1.565 a 1.570, determinam que as obrigações da sociedade conjugal, serão exercidas em colaboração pelos genitores, que exercem em conjunto



o poder familiar, nos exatos termos do texto constitucional de 1988, que dispõe: art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

As posições de cada ser humano dentro da família foram se alterando, passando a ser um instituto democrático, onde todos possuem direitos e deveres, tendo o afeto, igualdade e respeito como base para o relacionamento familiar (DIAS, 2011). Neste sentido, imperioso destacar o salientado por Dias (2011, p. 53):

No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca.

Diversos princípios são orientadores do Direito das Famílias, destacando-se, além da Dignidade da Pessoa Humana e da Autonomia Parental, o Princípio da Solidariedade Familiar, do Pluralismo das Entidades Familiares e da Afetividade.

Nesta perspectiva, o que define família, nos dias de hoje, é o vínculo afetivo que une pessoas com os mesmos objetivos. A família é onde o ser humano em seu início de vida, começa a aprender o que é viver em sociedade. Essa definição já se sobrepõe até mesmo à coisa julgada, não permitindo que o Estado interfira no vínculo construído através do afeto no dia-a-dia (DIAS, 2011).

Destarte, a parentalidade biológica, inicialmente é atestada pelo vínculo de consanguinidade, caracterizando a verdade biológica. Com os avanços científicos, utiliza-se de outros marcadores genéticos (DNA) e, inclusive, técnicas de reprodução assistida, com a possibilidade de gestação, por meio de uso de material genético de diferentes pessoas, havendo a possibilidade, até mesmo, de mãe gestacional e mãe biológica. Não obstante, o registro de nascimento constitui a parentalidade registral (art.1.603, CC), que goza de presunção de veracidade, sendo a prova da filiação (DIAS, 2017).

A parentalidade socioafetiva corresponde à verdade construída pela convivência e assegura o direito a filiação, restando consagrada a afetividade como direito fundamental, restando admitida a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva (DIAS, 2017).

A igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, estabelecida no art. 227, §6º, da CRFB/88 reflete o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a fim de evitar consequências relativas à sua legitimidade (GONÇALVES, 2018).

As disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA asseguram essa igualdade e, expressamente, estabelecem ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres:

Art. 20. 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. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Deste modo, não há que falar em filhos legítimos e ilegítimos, restando consagrado que a filiação também decorre do vínculo afetivo e não somente do vínculo biológico. De acordo com Gonçalves (2018, p. 168), “hoje, portanto, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento,

outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações”. A distinção entre filhos legítimos ou não, foi suprimida pelos laços de amor que são criados na convivência familiar, atingindo conseqüentemente, o direito e suas vertentes.

Nesta perspectiva, se destaca no Direito das Famílias o Princípio da Afetividade, considerado como princípio fundamental, que decorre do Princípio da Dignidade Humana, obrigando o Estado a garantir que o vínculo afetivo seja respeitado e considerado juridicamente nas relações familiares (MADALENO, 2012).

A afetividade, também, chamada de afinidade, era estabelecida entre cônjuges e seus respectivos parentes. Eram consideradas pelo convívio com sogro, genro, cunhado e afins, mas sem nenhum vínculo sanguíneo estabelecido. Com as inovações alcançadas pelo direito, surgiram outras possibilidades de família por afinidade, uma delas é a adoção, que, atualmente, não permite qualquer distinção em seu meio familiar, conforme já salientado (GONÇALVES, 2018).

Insta salientar, que o vínculo afetivo é o mais importante a ser considerado, até mesmo nas relações familiares advindas de consanguinidade, afinal, a paternidade ou a maternidade se trata de um amor gerado pela convivência, que mesmo com o vínculo biológico pode ou não existir (MADALENO, 2012).

Nesse contexto, é evidente a importância do convívio em família, pois é o lugar onde se tem os primeiros contatos dos valores da vida, aprendendo a viver em sociedade e formando o caráter do indivíduo. Para a criança/adolescente é ainda mais importante esse contato, posto que precisa de apoio e orientação para o seu desenvolvimento e crescimento pessoal, eis porque resta consagrado seu direito a proteção integral, prioridade absoluta e respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

## ■ 2. O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ADOTADO À IDENTIDADE BIOLÓGICA

O conceito de família teve grandes mudanças durante os anos, o conceito de adoção também foi se moldando, conforme os avanços da sociedade. Antigamente, a adoção era vista como um meio de salvar um casamento, quando a mulher ou o homem, eram estéreis e não poderiam atingir a finalidade do casamento, que era procriar, ou seja, era um ato para proteger a moral do casal. Com o passar do tempo, esse conceito ficou para trás e a adoção tem o fim precípua de proteger a criança/adolescente, oportunizando uma vida melhor e com mais afeto. Isso decorre justamente do avanço que o próprio conceito de família teve, deixando o casamento de ser apenas um ato contratual, para ser um ato de amor entre duas pessoas, sem necessariamente existir o objetivo de ter filhos (MONTEIRO e SILVA, 2016).

A adoção é um ato irrevogável, os pais adotivos são agora, os pais oficiais da criança/adolescente. No entanto, como já salientado, o adotado possui direito sobre sua verdade biológica, e por isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente possibilita que, após completar 18 anos, o adotado terá acesso irrestrito a documentação do processo de adoção (MONTEIRO e SILVA, 2016) e, antes dessa idade poder ter assistência para realizar a busca.

Com efeito, Gagliano e Pamplona (2017) advertem que é permitido ao adotado, buscar informações sobre sua ascendência genética, mas ciente de que a descoberta não trará direitos e deveres sobre a família biológica, pois estes, são da nova família constituída por sentença, registrada no cartório de registro civil.

Neste contexto, para compreensão do tema, importante discorrer acerca da adoção, sua natureza jurídica, requisitos e efeitos.

A adoção decorre exclusivamente de um ato de vontade, criando um vínculo fictício entre pais e filhos, livre de filiação biológica (DIAS, 2011).

Segundo as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, a adoção é uma forma de proteger a criança e o adolescente, colocando-o em uma família substituta, para estabelecer o parentesco civil (ROSSATO; LÉPORE e CUNHA, 2017).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a nomeação de filho adotado foi abolida, tendo em vista que passou a não mais existir distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, sejam adotados ou advindos de relacionamentos extraconjugais. Além disso, a adoção deixou de ser simplesmente um ato negocial e passou a ser a busca de uma família, um lar, para a criança/adolescente (DIAS, 2011).

A adoção de crianças e adolescentes é regulamentada, atualmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seus arts. 39 a 52, sendo, constituída por sentença, que tornará o ato definitivo após o trânsito em julgado (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2017). Há que se ressaltar, conforme previsão do §1º, o art. 39 do ECA, que a adoção é medida excepcional e irrevogável, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa.

O entendimento majoritário no meio jurídico, quanto ao ato da adoção, é de que deve ser considerada como *stricto sensu*, pois os efeitos da decisão judicial se baseiam apenas no que está fixado em lei. Não podendo ser considerado como um ato unilateral, tendo em vista que, decorre de um estado de filiação envolvendo pais e filhos e que não poderá ser revogado (TARTUCE, 2018).

Para a adoção ser de fato realizada, há três requisitos subjetivos necessários, a idoneidade do adotante, os motivos legítimos, considerado o desejo de filiação, e reais vantagens para o adotado. (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2017).

Os requisitos objetivos, dizem respeito a idade, só podendo adotar os maiores de 18 anos (art. 42, ECA), o consentimento dos pais biológicos ou dos representantes legais, exceto nos casos em que os pais tenham perdido o poder familiar, a precedência de estágio de convivência, e, por último, o prévio cadastramento, que deverá seguir as regras e procedimentos específicos do art. 197-A e seguintes do ECA (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2017).

Com efeito, importante asseverar, que a adoção objetiva proteger a criança/adolescente, visando sempre seu melhor interesse, logo só será autorizada com apresentação do benefício efetivo ao adotado (MONTEIRO e SILVA, 2016). Inclusive, em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, até mesmo seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando, na forma do disposto §3º, do art. 39 do ECA.

A sentença que deferir a adoção possuirá efeitos aquisitivos para o adotado com a nova família, gerando um novo parentesco e efeito extintivo relacionado ao parentesco anterior, desvinculando o adotado da família na qual se encontrava. Conforme o art. 47, do ECA, a sentença deverá ser registrada no cartório de registro civil, mediante mandado, que passará a constar como novo registro de nascimento da criança e do adolescente adotado (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2017). Portanto, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais, na forma do disposto no art. 41 do ECA.

Neste contexto, a legislação determina que com o deferimento da adoção resta efetivada a mudança na filiação, com extinção do parentesco anterior ante a perda da autoridade parental, ressaltando-se a modalidade da adoção unilateral de filho de cônjuge/companheiro (a), nos termos do art. 41, §1º, do ECA, portanto, não se cogitava a manutenção de direitos patrimoniais, assistenciais e outros.

## 2.1 O direito à identidade biológica (ou à ascendência genética)

A criança e ao adolescente restou conferido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a autonomia para o conhecimento da verdade biológica, tendo sido estabelecido no art. 48 que “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”.

E mais, no parágrafo único do art. 48 do ECA restou garantido que “o acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica”.

Portanto, está assegurado o direito a investigação da identidade biológica pelo adotado, com base no direito constitucional de ter acesso a sua ascendência. Todavia, o direito a identidade biológica é exclusivo na investigação do vínculo, não permitindo direitos patrimoniais, posto que a adoção desvincula o adotado dos seus pais biológicos, inclusive referente a títulos e bens patrimoniais. Isso acontece, pois, o adotado passa a se vincular a nova família, possuir direitos e deveres com essa relação familiar (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017).

Insta salientar, que o direito a ascendência genética é tão importante, que qualquer pessoa que venha a ter indícios de que seus pais registrados não são de fato seus pais, poderá buscar sua verdade biológica, podendo impugnar o registro realizado em seu nascimento (DIAS, 2011).

Há que se ressaltar que o direito à identidade biológica ou à ascendência genética, não se confunde, portanto, com o reconhecimento ou manutenção da parentalidade biológica, sendo certo que a verificação da identidade não permite, por si só, o reconhecimento da paternidade biológica.

Nesse sentido, anteriormente, no conflito entre parentalidade socioafetiva e origem genética, esta não podia prevalecer, especialmente nos casos de adoção e, principalmente, em relação a questões patrimoniais, direito à sucessão de genitor biológico, por exemplo. Todavia, essas discussões sobre a origem biológica e a força para cumular com a parentalidade socioafetiva ganharam consistência com a decisão do Supremo Tribunal Federal de repercussão geral 622, que será analisada no item a seguir.

### ■ 3. A LEGALIDADE DA COEXISTÊNCIA DE PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM A BIOLÓGICA, NA PERSPECTIVA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E DO DIREITO DAS SUCESSÕES

A autonomia no acesso ao processo de adoção para conhecimento da verdade biológica é direito consagrado na legislação, conforme já demonstrado no presente trabalho, todavia, há novos contornos com a possibilidade de pedido de reconhecimento de parentalidade biológica, mesmo em casos de adoção, quando, em regra, há extinção do parentesco anterior.

O reconhecimento das paternidades biológica e socioafetiva cumulativamente para Gonçalves (2018) vêm sendo admitido para situações em que haja necessidade de harmonização entre as famílias, aduzindo o autor que ainda não foram totalmente definidas as consequências dessa nova realidade de registro, especialmente, a repercussão no direito previdenciário, questão de alimentos e, também, no direito sucessório da nova família.

Todavia, considerando que não poderá ser negado ao adotado o direito de conhecer a sua história, não se pode vedar o acesso a sua estrutura familiar biológica (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017). O reconhecimento da paternidade é um direito de filiação, indisponível e imprescritível, portanto, não se dá apenas ao adotado enquanto criança/adolescente poderá, até mesmo, ser reconhecido em qualquer idade, pois é um direito que se estende a todos e nada pode impedir que a verdade biológica seja buscada (DIAS, 2011).

Ocorre que, a tese de Repercussão Geral 622, formulada no Recurso Extraordinário (RE) 898060, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento da paternidade biológica, com os efeitos jurídicos próprios, conforme o teor da ementa do acórdão:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobre princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação

de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. **Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade.** Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes (.).

Desta forma, menciona Cassettari (2017, p. 250), que “essa questão da coexistência de ambas as parentalidades é de suma importância”, sendo que não deve existir uma hierarquia entre as paternidades biológica e socioafetiva, mesmo que uma possa existir sem a outra. O que parece mais viável, é que existam juntas, apesar de possuírem conceitos de parentesco distintos. Nesse mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 651) destacam que “se não existe hierarquia entre os parâmetros de filiação, por que forçar a exclusão de alguém que é visto como pai ou mãe de uma criança”? Se ambos possuem afeto e desejam cuidar da criança/adolescente, isso é claramente o que se chama de melhor interesse.

Importante destacar, ainda, que além do melhor interesse da criança/adolescente, não se pode afastar o interesse das partes envolvidas, no reconhecimento da multiparentalidade. Conforme já explanado neste trabalho, o interesse das partes é fundamental para o início do trâmite referente a esse registro.

Em se tratando da adoção de criança/adolescente, o que deve ser priorizado, é sempre o interesse do adotado, sem sobrepor o vínculo biológico sobre o socioafetivo, ou vice e versa. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INSURGÊNCIA DOS DEMANDANTES. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FOI DADA A OPORTUNIDADE AO DEFENSOR DO AUTOR DE FAZER QUESTIONAMENTOS AO ADOTANDO. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE O PATRONO DA PARTE QUE PRESTA DEPOIMENTO LHE DIRIGIR PERGUNTAS, PORQUANTO SERIA O CASO DE INDAGAR A SI MESMO. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGUROU JULGAMENTO EXTRA PETITA, POR SER DIVERSO DO PLEITO EXORDIAL (ADOÇÃO UNILATERAL). INSUBSISTÊNCIA. A ADOÇÃO É INSTITUTO AMPLO QUE ENGLOBA A DUPLA PATERNIDADE, SENDO ESTA ÚLTIMA REFLEXO DAQUELA. ADEMAIS, EM AMBAS HÁ O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO AFETIVO, NORTEADO PELOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. “Assim, “Consoante entendimento sedimentado no STJ, não ocorre julgamento ultra petita se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial. O pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraída da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento extra petita. [...]” (AgRg no AREsp n. 322.510/BA, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11-06-13).” (TJSC, Apelação Cível n. 0008501-29.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 28-09-2017) **INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS NOS AUTOS PARA EXCLUSÃO DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. ALEGAÇÃO DO FILHO, EM AUDIÊNCIA, DE QUE O SEU GENITOR, JÁ FALECIDO, ERA UM ÓTIMO PAI. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO, TAMBÉM, QUANTO À MENÇÃO DA DUPLA PATERNIDADE (BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA) EM SEUS DOCUMENTOS PESSOAIS.** DECLARAÇÃO ACOSTADA AO FEITO, POSTERIORMENTE AO ATO APRAZADO, QUE NÃO POSSUI FORÇA PROBANTE SUFICIENTE A DERRUIR O DEPOIMENTO PRESTADO EM JUÍZO. INDAGAÇÕES DE PRAXE, REALIZADAS EM AUDIÊNCIA, QUE NÃO SE MOSTRARAM INSTIGADORAS. VONTADE DOS APELANTES QUE NÃO PODE SE SOBREPOR À LEI E AOS SEUS NOVOS INSTITUTOS. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER CONSTRANGIMENTO PARA AS PARTES QUANTO AO RECONHECIMENTO DA DUPLA PATERNIDADE, QUE É HARMONIZÁVEL COM CONCEPÇÃO ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA. **VERIFICAÇÃO, NA ESPÉCIE, DE**



**VÍNCULO AFETIVO TANTO NA PATERNIDADE BIOLÓGICA QUANTO NA SOCIOAFETIVA QUE ENSEJA O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE.** “6. O conceito de multiparentalidade exsurge, pois, como uma opção intermediária em favor do filho que ostenta vínculo de afetividade com o pai afetivo e com o pai registral, sem que se tenha de sobrepor uma paternidade à outra. Não há critério que possa definir preferência entre as duas formas de paternidade, sobretudo, quando há vínculo afetivo do menor tanto com o pai registral, como em relação ao pai biológico.” (TJDFT, Acórdão n.919129, 20130610055492APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/02/2016, Publicado no DJE: 16/02/2016) SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0302161-47.2017.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 18-12-2018).

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu o pedido de reconhecimento da multiparentalidade entre um padrasto e enteada:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. PADRASTO E ENTEADA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ADOÇÃO COM A MANUTENÇÃO DO PAI BIOLÓGICO. MULTIPARENTALIDADE.** Observada a hipótese da existência de dois vínculos paternos, caracterizada está a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70064909864, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 16/07/2015). Assunto: Direito de Família. **Dupla paternidade. Pai biológico. Pai registral. Vínculo parental. Possibilidade jurídica. Nascimento. Assento. Registro público. Relativização. Multiparentalidade. Possibilidade. Princípio da dignidade da pessoa humana. Aplicabilidade.** Revista de Jurisprudência: RJTJRS, V-298/326. Data de Julgamento: 16/07/2015. Publicação: Diário da Justiça do dia 22/07/2015.

Ainda, no mesmo sentido de garantir o bem-estar da criança/adolescente, em uma Ação de Investigação de Paternidade, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a decisão foi clara em reconhecer a paternidade biológica, cumulada com a socioafetiva:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA) PATERNIDADE BIOLÓGICA DO DEMANDADO COMPROVADA. SENTENÇA RECONHECEU A DUPLA PARENTALIDADE E DETERMINOU A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PARA CONSTAR O NOME DO PAI BIOLÓGICO COM A MANUTENÇÃO DO PAI SOCIOAFETIVO.** INCONFORMISMO DO RÉU. ALEGAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO COM O PAI REGISTRAL. AMPARO MATERIAL. DESNECESSIDADE DO RECONHECIMENTO CONSANGUÍNEO. AFASTAMENTO DO ESTADO DE FILIAÇÃO. ESTUDO SOCIAL E LAUDO PSICOLÓGICO. AFETIVIDADE COM O PAI REGISTRAL MESMO APÓS A SEPARAÇÃO DA GENITORA. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE QUE VAI CONTINUAR A RECONHECER A CRIANÇA COMO FILHA. **DUPLA PATERNIDADE MANTIDA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE NÃO EXCLUI O BIOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DE AMBOS. PREVALÊNCIA INTERESSE DA CRIANÇA. TESE FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos” (STF, RE n. 898.060/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.9.2016 ). (TJSC, Apelação Cível n. 0800274-65.2013.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 16-05-2017).

A ideia de se manter ambos os vínculos, é ligada sempre ao intuito do melhor interesse da criança/adolescente, mantendo suas raízes biológicas, mas reconhecendo as pessoas que auxiliaram ou, auxiliam em seu desenvolvimento com tanto afeto, os pais socioafetivos.



Para Póvoas (2017, p. 70), “afeto deve ser reconhecido como a relação de carinho, amor, cuidado e atenção mútuos entre pessoas, tenham elas relação parental ou conjugal”. A família é o onde a criança/adolescente vai buscar seus primeiros exemplos de convivência. Neste sentido, destaca Veronese (2017, p. 144):

A convivência comunitária é fundamental na estruturação da personalidade da criança e dos adolescentes e da nossa contínua elaboração de conceitos e valores, pois é na convivência com o outro diferente de nós, de nossas concepções, que aprendemos, na prática, as primeiras lições de tolerância. É na convivência com o outro que iniciamos as primeiras noções de civilidade, das quais extraímos modelos, aprendemos a exercitarmos os princípios da coerência do companheirismo, da solidariedade, noções estas que serão imprescindíveis em nossa formação (e reformulação) enquanto cidadãos.

Essa situação traz benefícios não somente afetivos, mas no âmbito jurídico também, pois garante a criança/adolescente, direitos patrimoniais. O reconhecimento das paternidades biológica e socioafetiva cumulativamente traz reflexos para o Direito das Famílias e Direitos das Sucessões.

No Direito das Famílias é a consagração do vínculo de parentesco. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 proibiu a distinção de filiação entre filhos legítimos e ilegítimos. Em 2002, o Código Civil reafirmou no art. 1.596, que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” e, ainda, no art. 1.593 “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Com isso, o direito de filiação se constitui como um direito personalíssimo, podendo ser firmado tanto pelo vínculo sanguíneo como pelo afetivo.

A coexistência da parentalidade biológica cumulada com a afetiva, gera obrigações, sendo uma delas, o dever de alimentar. O Código Civil (2002) prevê no art. 1.696, o direito de prestar alimentos entre pais e filhos e Póvoas ressalta (2017, p. 115) que “pais/mães biológicos e afetivos são credores e devedores de alimentos em relação ao filho, respeitando-se o binômio necessidade/possibilidade”. Ou seja, assim como nos casos que possuem apenas o vínculo biológico, também será nos que se baseiam no vínculo afetivo. Ademais, com base no art. 1.694 do Código Civil (2002) “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. O Tribunal do Rio Grande do Sul já decidiu nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. INTEMPESTIVIDADE. REQUISITO DO ART. 526 DO C.P.C. NEGATIVA DA PATERNIDADE. INTEMPESTIVIDADE. O AGRAVO INTERPOSTO NO DECIMO DIA DO PRAZO NÃO É INTEMPESTIVO. REQUISITO DO ART. 526 DO C.P.C. SEGUNDO A NOVA REDAÇÃO DO ART. 526, A PARTE AGRAVADA, ALÉM DE ALEGAR, DEVERA PROVAR QUE O PRIMEIRO GRAU NÃO FOI COMUNICADO DO RECURSO. **NEGATIVA DA PATERNIDADE. A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR SE FUNDAMENTA NO PARENTESCO, QUE É COMPROVADO PELA CERTIDÃO DE NASCIMENTO. O AGRAVANTE ALEGA NÃO SER O PAI BIOLÓGICO DO MENOR. ENQUANTO NÃO COMPROVAR, NÃO SE PODE AFASTAR SEU DEVER DE SUSTENTO. A RIGOR, MESMO ESTA PROVA NÃO SERÁ SUFICIENTE, POIS A PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA TAMBÉM PODE DAR ENSEJO À OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA.** REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO. (6 FLS). (Agravado de Instrumento nº 70004965356, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 31/10/2002). Assunto: 1. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE. 2. RECURSO. DISPOSIÇÕES DO CPC-526. INTERPRETAÇÃO. 3. ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO DE CARÁTER ALIMENTAR. ÂMBITO. PATERNIDADE. PROVA. 4. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Referências Legislativas: CPC-526. Data de Julgamento: 31/10/2002. Agravado número: 70004965356 - Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Tipo de Processo: Agravado de Instrumento Comarca de Origem: CANOAS - Tribunal: Tribunal de Justiça do RS - Seção: CIVEL. Classe CNJ: Agravado de Instrumento. Relator: Rui Portanova).

O fato do parentesco decorrer da afetividade, não retira o direito de pais ou filhos, pleitearem alimentos em ação judicial:

**APELAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. OCORRÊNCIA.** O fundamento do presente pedido alimentar é a existência, entre apelante e apelada, de parentalidade socioafetiva. Essa relação é até incontroversa. A relação socioafetiva configura parentesco para todos os efeitos, inclusive para a fixação de obrigação alimentícia juridicamente possível o pedido de fixação de alimentos, o que denota estar presente a legitimidade para a causa, seja a ativa ou a passiva. **DERAM PROVIMENTO.** (Apelação Cível Nº 70011471190, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 21/07/2005). Data de Julgamento: 21/07/2005. Publicação: Diário da Justiça do dia 17/08/2005.

Já no Direitos das Sucessões, não há divergências para a aceitação da sucessão em linha descendente, tendo em vista, que a Constituição Federal do Brasil (1988) e o Código Civil (2002) estabelecem a igualdade entre os filhos. Schreiber e Lustosaa (2016, p. 858-859) sustentam:

Independentemente da origem do vínculo, o filho será herdeiro necessário e terá direito à legítima. Ter direitos sucessórios em relação aos pais biológicos e, ao mesmo tempo, em relação aos pais socioafetivos não ofende qualquer norma jurídica, ao contrário, apenas realiza a plena igualdade entre os filhos assegurada pela Constituição. Ter um, dois, três ou até mais vínculos parentais decorre de contingências da vida, de modo que não há problema em haver irmãos legitimados a suceder em heranças distintas de seus respectivos ascendentes.

Quanto à sucessão em linha ascendente, o Código Civil (2002) dispõe:

Art. 1.836 - Na falta de descendentes são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.  
[.] §2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Neste sentido, é possível entender que o Legislador garantiu o direito igualitário aos pais, dividindo metade para o lado materno e metade para o lado paterno (PÓVOAS, 2017). No entanto, com a inclusão da paternidade socioafetiva, pode-se interpretar que tendo o filho, dois pais e uma mãe, ou vice-versa, estes receberão proporcional as suas metades.

Tartuce (2017), defende a divisão igualitária com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atendendo dessa forma, ao Direito Fundamental previsto no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Cabe salientar, que sendo o filho casado, o cônjuge também fará parte dessa divisão. Segundo o entendimento de Póvoas (2017, p.120), da mesma forma será dividido pela metade, “caso em que 50% da herança irá para o cônjuge, e os outros 50% também serão distribuídos, como observado o art. 1.836 e§§, do CC”. Com essa divisão, se busca uma forma mais justa de organizar a sucessão.

Em suma, referente aos efeitos do reconhecimento da identidade biológica, cumulada com a socioafetiva, deve-se esclarecer que há outros ramos do direito que são afetados, por exemplo o Direito Previdenciário, Direito das Obrigações, entre outros, trazendo dessa forma, uma abertura para mais estudos referentes ao tema.

## ■ PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente possui abordagem qualitativa, que para Henriques e Medeiros (2017, p. 41), é uma pesquisa que “todos os fatos sociais precisam ser entendidos em sua relação com aspectos

políticos, econômicos, culturais”, valendo-se de coleta de dados, mas sem medição numérica. No mesmo sentido, corrobora Lakatos e Marconi (2017, p.305), que “caracteriza-se por dar especial atenção a questões que podem ser conhecidas por meio de casos”. Deste modo, a pesquisa qualitativa se molda a investigação dos objetos sociais ligados ao dia a dia das pessoas, buscando uma interpretação de vários autores com intuito de aprimorar questionamentos quanto ao assunto, esclarecer as diferentes opiniões e possíveis divergências.

A pesquisa foi do tipo bibliográfica, com análise das doutrinas, o que para Köche (2014 p.122), “se desenvolve tentando explicar um problema, utilizando o conhecimento disponível a partir das teorias publicadas em livros ou obras congêneres”. Destarte, será do tipo bibliográfica, pois serão analisadas as referências a respeito do assunto em livros, artigos e internet.

E, ainda, a pesquisa foi documental, esse tipo se assemelha ao bibliográfico, pois advém de livros, artigos científicos, anais, entre outros documentos (HENRIQUE e MEDEIROS, 2017). E neste artigo, foram apresentadas pesquisas realizadas através destes meios citados, abordando conteúdo legislativo e analisando decisões dos Tribunais de Justiça, para ampliar e roborar as informações, obtendo um aprofundamento no estudo.

O método adotado foi o dedutivo que possibilita transformar “verdades particulares em verdades universais” (CERVO; BERVIAN e SILVA, 2007), deste modo, o presente trabalho buscou uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

A pesquisa foi explicativa, pois tem como objetivo analisar com um pouco mais de profundidade o tema abordado. Segundo Sampieiri, Hernandez, Collado e Baptista Lucio (2013, p.102) esse tipo de pesquisa “é responsável pelas causas dos eventos e fenômenos físicos ou sociais. Seu principal interesse é explicar por que um fenômeno ocorre e em quais condições ele se manifesta, ou por que duas ou mais variáveis estão relacionadas”.

## ■ ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

O presente artigo teve como objetivo, analisar o aspecto geral da adoção, enfatizando a busca pela verdade biológica, bem como a possibilidade de multiparentalidade em registro civil. O que se alcançou dessa breve análise, foram julgados demonstrando a aceitação dos Tribunais em relação a multiparentalidade e os efeitos causados por ela.

Com a efetivação dos registros multiparentais, em favor do melhor interesse dos filhos, foram observados efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais na vida dos integrantes dessas famílias. A partir dos entendimentos doutrinários e jurisprudências apresentados, foi possível perceber que o direito traz soluções benéficas para ambas as partes na multiparentalidade, mas, ainda, é forçoso constatar, que com a constante evolução do conceito de família, se faz necessária uma nova perspectiva dos Direitos das Famílias e suas vertentes, buscando solidificar as normas de acordo com a evolução da sociedade, para que o direito dos filhos seja sempre resguardado.

O artigo buscou, assim, compreender quais os momentos em que a parentalidade socioafetiva pode coexistir com a biológica, apresentando jurisprudências e tese de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, a pesquisa demonstrou que não há hierarquia entre as modalidades de parentalidade, sendo sempre visado o bem-estar e melhor interesse da criança/adolescente. Constatou, também, que em regra não há cumulação da parentalidade biológica com a socioafetiva. No entanto, se for para o bem-estar e de interesse do filho, a verdade biológica poderá ser buscada, até para reconhecimento em registro civil, cumulativamente com a socioafetiva.

## ■ CONCLUSÃO

Através de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias, buscava-se por meio deste trabalho, apresentar a possibilidade da cumulação da parentalidade biológica com a socioafetiva, e conseqüentemente, seus efeitos no âmbito jurídico, especificamente, nas áreas de Direito das Famílias e Direito das Sucessões.

Foi abordado o conceito de família, com base no Código Civil de 1916, mostrando sua evolução histórica consolidada no Código Civil de 2002. Destacou-se o princípio da dignidade humana, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e frisou o impedimento de tratamento desigual entre filhos.

Apresentado o conceito de adoção, bem como sua evolução através dos anos, mostrando os aspectos gerais e sua regulamentação no Brasil. Após, ressaltou-se a autonomia que a Criança e o Adolescente possuem, pela busca da sua verdade biológica, respaldada no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Em conclusão, o presente artigo pode mostrar que há possibilidade do reconhecimento das parentalidades biológica e socioafetiva cumulativamente, desde que, esse seja o interesse das partes e que vise proporcionar o melhor para a criança/adolescente. Este reconhecimento na esfera jurídica, representa um avanço no Direito das Famílias, buscando acolher as diferentes formas de família existentes na atual conjuntura.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. **Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 1º jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm#art1806](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art1806)>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. **Lei no 8.069 de 13 de julho de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. **Lei no 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20072010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2009/Lei/L12010.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Adoção**. Relatórios estatísticos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/cadastro-nacional-de-ado-ca-o-cna>>. Acesso em 14/04/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento: 70004965356**. Relator: Rui Portanova. DJ: 31/10/2002. TJRS, 2002. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris)>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível: 70064909864**. Relator: Alzir Felipe Schmitz. DJ: 16/07/2015. TJRS, 2015. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70064909864%26num\\_processo%3D70064909864%26codEmenta%3D6379534+70064909864++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70064909864&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=16/07/2015&relator=Alzir%20Felipe%20Schmitz&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70064909864%26num_processo%3D70064909864%26codEmenta%3D6379534+70064909864++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70064909864&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=16/07/2015&relator=Alzir%20Felipe%20Schmitz&aba=juris)>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível: 70011471190**. Relator: Rui Portanova. DJ: 21/07/2005. TJRS, 2005. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70011471190%26num\\_processo%3D70011471190%26codEmenta%3D1157053+70011471190++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-s&numProcesso=70011471190&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Marcos&dtJulg=21/07/2005&relator=Rui%20Portanova&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70011471190%26num_processo%3D70011471190%26codEmenta%3D1157053+70011471190++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-s&numProcesso=70011471190&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Marcos&dtJulg=21/07/2005&relator=Rui%20Portanova&aba=juris)>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível: 0302161-47.2017.8.24.0008**. Rel. Des. Cláudia Lambert de Faria. DJ: 18-12-2018. TJSC, 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=INEXIST%CANCIA%20DE%20MOTIVOS%20NOS%20AUTOS%20PARA%20EXCLUS%C3O%20DA%20FILIA%C7%C3O%20BIOL%D3GICA&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAACqMqAAG&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=INEXIST%CANCIA%20DE%20MOTIVOS%20NOS%20AUTOS%20PARA%20EXCLUS%C3O%20DA%20FILIA%C7%C3O%20BIOL%D3GICA&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAACqMqAAG&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 29 mai. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível: Processo: 0800274-65.2013.8.24.0022**. Relator Saul Steil. DJ: 16/05/2017. TJSC, 2017. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=PATERNIDADE%20BIOL%D3GICA%20DO%20DEMANDADO%20COMPROVADA.%20SENTEN%C7A%20RECONHECEU%20A%20DUPLA%20PARENTALIDADE%20E%20DETERMINOU%20A%20RETIFICA%C7%C3O%20DO%20REGISTRO%20CIVIL%20&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAASdrAAF&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=PATERNIDADE%20BIOL%D3GICA%20DO%20DEMANDADO%20COMPROVADA.%20SENTEN%C7A%20RECONHECEU%20A%20DUPLA%20PARENTALIDADE%20E%20DETERMINOU%20A%20RETIFICA%C7%C3O%20DO%20REGISTRO%20CIVIL%20&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAASdrAAF&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 29 mai. 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva efeitos jurídicos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CERVO, Amado Luis; BERVIAN, Pedro Alcino; SILVA, Roberto da. **Metodologia científica**. 6 ed. São Paulo: Pearson, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FUX, Luiz. **Repercussão geral 622**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4252676&numeroProcesso=692186&classeProcesso=ARE&numeroTema=622>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 7 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 15 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 12 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva 2018.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**. 34 ed Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andradei. **Fundamentos de metodologia científica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MADALENO, Rolf. A afetividade como princípio jurídico consagrado no direito de família. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v.16, n.378, p. 24-27, out. 2012.



MAUX, Ana; DUTRA, Elza. **Realidade brasileira sobre adoção: a diferença entre o perfil desejado pelos pais adotantes e as crianças disponíveis para serem adotadas.** Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família.** 43 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade – a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos.** 2 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAMPIEIRI, HERNANDEZ, Roberto, COLLADO, Carlos Fernández, BAPTISTA LUCIO, María Pilar. **Metodologia de pesquisa,** 5 ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. **Efeitos Jurídicos da Multiparentalidade.** v. 21. Fortaleza: Editora Pensar, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil direito de família.** 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente: novo curso – novos temas,** 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.



# O APADRINHAMENTO AFETIVO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELA PESSOA JURÍDICA

Joelma de Amorim<sup>45</sup>  
Janaina Silveira Soares Madeira<sup>46</sup>

**RESUMO:** O presente estudo trata do apadrinhamento afetivo da criança e do adolescente pela pessoa jurídica. É direito constitucional da criança e do adolescente possuir uma família, seja ela natural, extensa ou substituta. Com a Lei 13.509/2017, restou possibilitado o apadrinhamento afetivo, inclusive por pessoa jurídica. Deste modo, a importância do tema reside no fato de que existe a perspectiva do apadrinhamento afetivo pela pessoa jurídica exclusivamente de cunho financeiro e seu significativo reflexo nas garantias constitucionais da criança e do adolescente, especialmente no que tange à convivência familiar e comunitária. Utilizou-se, portanto, de uma pesquisa com abordagem qualitativa, do tipo bibliográfico e documental com análise de dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA). O método é dedutivo com nível de aprofundamento explicativo. Frente a esse contexto, pode-se observar que o apadrinhamento pela pessoa jurídica é bem vindo, mas o Estado não pode desistir daquelas crianças e adolescentes com remotas chances de serem adotadas, uma vez que somente o apoio financeiro ofertado pela pessoa jurídica não substitui a convivência familiar e comunitária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Apadrinhamento Afetivo. Convivência Familiar e Comunitária. Direito da Criança e do Adolescente.

## ■ INTRODUÇÃO

A temática da pesquisa voltada para o estudo do apadrinhamento afetivo da criança e do adolescente e significativa reflexão acerca da realidade em que esses sujeitos encontram inseridos. Em 2017 foi previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo do Direito à Convivência Familiar e Comunitária, o artigo 19-B que trata do apadrinhamento, com o propósito de conquistar novos laços afetivos externos e resguardar o direito ao convívio familiar. Nesses termos, o apadrinhamento faz com que a criança e o adolescente possam ter oportunidades de ampliar seu relacionamento com a efetiva participação e o convívio dentro de outros ambientes.

Com a Lei 13.509/2017, restou possibilitado o apadrinhamento, inclusive, por pessoa jurídica. A perspectiva do apadrinhamento afetivo pela pessoa jurídica é de cunho financeiro, refletindo diretamente no objetivo das garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes, especialmente na questão de patrocinar o mínimo de dignidade no que tange à convivência familiar e comunitária. Ocorre que, o apadrinhamento afetivo da criança e do adolescente pela pessoa jurídica limita-se ao auxílio financeiro. É evidente, contudo, que os laços de afetos nesta modalidade não são propiciados para condizer o sentido de família para às crianças e os adolescentes que se encontram em situação de fragilidade. A pessoa jurídica auxilia com certo valor para o desenvolvimento da criança e do adolescente, no entanto, deixa de contemplar aspectos importantes da sua formação de ordem social, moral, físico, cognitivo e educacional.

Assim, frente ao direito de convivência familiar e comunitária, nota-se que o apadrinhamento afetivo meramente de cunho financeiro reduz a possibilidade do convívio afetivo da criança

<sup>45</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. É graduada em Tecnologia em Gestão Financeira pela Faculdade Anhanguera de Joinville (2005).

<sup>46</sup> Professora Mestre do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Advogada inscrita na OAB/SC 18.597

e do adolescente e, de certa forma, negligencia a verdadeira função de restabelecer o amor fraterno. Desse modo, entende-se que, perante o atual cenário em razão da demora em inserir as crianças e os adolescentes em uma família substituta, o Estado pretende transferir parcela de sua responsabilidade às empresas, sem enfrentar efetivamente o cerne do problema e se afastando do texto constitucional.

## ■ 1. O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

A sociedade diuturnamente busca assegurar os direitos da criança e do adolescente, com a intenção de incentivar a defesa e promover a proteção integral e a prioridade absoluta em benefício da participação como integrante efetivo da comunidade. O artigo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, declara a garantia de todos os direitos fundamentais da lei ou de que qualquer outro meio que possa preservar as oportunidades para o processo de desenvolvimento, sob a forte proteção das condições de agregar o aprimoramento moral, mental e a dignidade das crianças e dos adolescentes (NUCCI, 2018). Assim, as aplicabilidades dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes têm amparo especial e prioritário na sociedade. Dispondo a Constituição de 1998, de valor axiológico máximo e, de forma explícita, estabelece a responsabilidade comum e compartilhada de todos os envolvidos, pelo princípio da garantia do melhor interesse na proteção integral de direitos da criança e do adolescente, reforçando seus vínculos para seu pleno desenvolvimento como ser humano (LIMA e VERONESE, 2012).

Destarte, quanto ao princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, é essencial que todos os envolvidos cumpram o seu papel no que se refere à responsabilidade de todos os entes, com relação aos princípios norteadores dos direitos das crianças e dos adolescentes, se faz útil sua aplicabilidade em todos os campos, não deixando de respeitar as normas impostas, mas proporcionando um sistema garantidor dos direitos fundamentais (LIMA e VERONESE, 2012). Cabe ao Estado assegurar a proteção dos direitos, neutralizando qualquer tipo de violação contra esses sujeitos, fazendo-se presente na questão de possibilitar o acolhimento, crescimento e desenvolvimento das famílias (AMIN, 2018; NUCCI, 2018; ELIAS, 2010). Significa dizer que são inúmeros os princípios que norteiam o Direito das Famílias positivados no texto constitucional, sendo muitos deles demonstrados como princípios explícitos e outros princípios implícitos (PEREIRA, 2018).

Impende destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, possuindo valor supremo e absoluto. Do mesmo modo, o artigo 226 da Constituição de 1988, demonstra que a família é a base da sociedade, independente do arranjo familiar, ressalta ainda, o princípio da paternidade responsável e, por fim, informa a responsabilidade do Estado de garantir a efetiva assistência à família, contribuindo no bem estar de forma individual.

Ademais, o artigo 227 da Constituição de 1988, afirma a integração do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com respaldo no artigo 4º, do ECA, indicando com obrigatoriedade o objetivo de assegurar os direitos garantidos pelo Estado, descrevendo a participação especial da sociedade e da família, elegendo assim absoluta prioridade de forma compartilhada para cada indivíduo, zelando seu crescimento, sua formação moral e social (MORAES, 2018; LIMA e VERONESE, 2012).

Ainda, em relação aos artigos 226 e 227 da CRFB/88, o princípio da afetividade encontra-se de forma implícita no texto constitucional, sendo um dos fundamentos essenciais do moderno Direito das Famílias, estando interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, em que busca a valoração do indivíduo, fortalecendo de maneira mais intensa o sentimento positivo na criação de uma relação familiar saudável e com consagração do afeto como valor jurídico.

## ■ 2. O APADRINHAMENTO AFETIVO INSERIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PELA LEI 13.509/2017

### 2.1 Conceito e fundamentos do apadrinhamento afetivo

A Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, acrescentou o dispositivo 19-B<sup>47</sup>, que trata dos programas de apadrinhamento de crianças e adolescentes que se encontram nas instituições de acolhimento, apesar de que os projetos já viessem acontecendo sem previsão legal em decorrência de aplicação de artigo específico do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, para obter maior clareza a respeito do significado de apadrinhamento, é importante conceituar, nas palavras de Rossato, Lépre e Cunha (2018), como a medida de proteção para as crianças e adolescentes com objetivo de proporcionar afeto e convivência familiar externa, promovendo, assim, o desenvolvimento da criança e do adolescente em diversos aspectos. Ainda, é fundamental discutir a profundidade do conceito de apadrinhamento como anota Nucci (2018, p. 100), “apadrinhar significa proteger, sustentar, favorecer, tutelar, enfim, tomar conta de algo ou alguém», no intuito de fazer com que esses sujeitos possam ter o mínimo de dignidade para enfrentar a vida de maneira mais humana.

Desta feita, o grande objetivo do apadrinhamento, como lembra Rossato, Lépre e Cunha (2018, p. 164), “é oferecer à criança e ao adolescente com remotas chances de adoção um referencial externo à realidade institucional dos acolhimentos”, portanto, a percepção que o apadrinhamento provoca é a situação de cidadania e compaixão do outro, possibilitando novas chances na construção do vínculo afetivo duradouro entre o padrinho/madrinha, e o menor acolhido.

### 2.2 As modalidades de apadrinhamento

Como se infere, com a inserção do apadrinhamento no Estatuto da Criança e do Adolescente, na tentativa de estimular as pessoas da comunidade interessadas na causa e “com objetivo de atender a demanda de crianças que não têm possibilidade de reintegração familiar e cuja perspectiva de adoção é remota, geralmente por terem mais de oito anos de idade” (*FARIELLO, 2015b, web*). O apadrinhamento tem a esperança de resgatar o convívio familiar, oportunizando a coletividade a participar de alguma forma no bem estar das crianças e dos adolescentes institucionalizados.

Assim, existem três modalidades de apadrinhamento, com a perspectiva de trazer novas possibilidades e benefícios para crianças e adolescentes acolhidos, sendo o afetivo, financeiro e de serviços.

47 Art. 19-B. A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento.

§1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

§2º Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte.

§3º Pessoas jurídicas podem apadrinhar criança ou adolescente a fim de colaborar para o seu desenvolvimento.

§4º O perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva.

§5º Os programas ou serviços de apadrinhamento apoiados pela Justiça da Infância e da Juventude poderão ser executados por órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil.

§6º Se ocorrer violação das regras de apadrinhamento, os responsáveis pelo programa e pelos serviços de acolhimento deverão imediatamente notificar a autoridade judiciária competente.

O apadrinhamento afetivo é considerado uma questão de amor, de doar-se para aqueles acolhidos que se encontram em situação de vulnerabilidade, necessitando da reintegração ao convívio familiar e comunitário. É justamente para melhor compreensão que “os laços familiares têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam livre e felizmente trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade” (ROSSATO, LÉPORE, e CUNHA, 2018, p. 153). Dessa maneira, é essencial que o apadrinhamento afetivo possa promover em ambas as partes sentimentos sólidos, seguros e duradouros, a fim de possibilitar aos acolhidos a efetiva defesa dos princípios fundamentais do direito da criança e do adolescente.

O apadrinhamento financeiro tem a finalidade de proporcionar que o padrinho/madrinha, podendo ser tanto pessoa física, como pessoa jurídica, prestará suporte, contribuindo com certa quantia mensal, sem a intenção de criar vínculos afetivos. Ademais, é importante observar que nesta questão o financiador pela pessoa jurídica, não tem qualquer contato com a criança e ou adolescente apadrinhado, não criando laços de afeto, trocas de sentimentos e experiências, portanto, não há a efetiva realização do acolhido de viver o direito à convivência familiar e comunitária.

O apadrinhamento de serviços vem com o intuito de maneira voluntária, em que pese especialista em determinada área de atuação, como médicos, psicólogos, dentistas, entre outros profissionais que, em conjunto com a instituição acolhedora, promoverá prestação de serviços. Ainda, é importante destacar que o “apadrinhamento de serviços, os interessados realizam na instituição ou fora dela, serviços voltados à cultura, lazer, educação, saúde ou formação profissional das crianças e adolescentes, inerentes à sua profissão, ofício ou talento” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, *web*).

Então, numa dimensão maior, os interessados poderão ingressar nos programas e escolher a modalidade que mais lhe interessar, ou, ainda, poderá participar de mais de uma das modalidades. A intenção é proporcionar aos acolhidos sentimentos de afeto, cuidados e principalmente a realização do sonho de pertencerem a uma família, corroborando na formação da vida adulta destas crianças e adolescentes.

### 2.3 O perfil da criança ou adolescente a ser apadrinhado

O artigo 19-B, parágrafo 4º, do ECA, trata do perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado, que será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. Contudo, um dos requisitos primordiais, que é claro no parágrafo 4º, é a questão de oportunizar aos acolhidos que se encontram em processo de adoção e, por terem idade mais avançada não se enquadram no perfil exigido pelos futuros pais adotivo, muitas vezes permanecendo anos no abrigo.

Conforme Fariello (2015a, *web*), “as crianças aptas a serem apadrinhadas têm, quase sempre, mais de dez anos de idade, possuem irmãos e, por vezes, são deficientes ou portadores de doenças crônicas – condições que resultam, quase sempre, em chances remotas de adoção”. É justamente por conta disso que, ao estabelecer o perfil a maior preocupação foi dar enfoque àqueles acolhidos que por diversas vezes foram rejeitados pela sociedade.

Embora o critério perfil ainda esteja arraigado na atual sociedade brasileira, pois esse ainda é muito forte na escolha pelos interessados em adotar, ocasiona, assim, o crescimento elevado de crianças e adolescentes institucionalizados que estão à espera de um lar. Então, é pertinente mostrar à sociedade a existência de programas de apadrinhamento, sem necessariamente adotar, é dar ciência que os acolhidos precisam ser visíveis e que necessitam do aconchego de uma família, promovendo assim a convivência familiar e comunitária, preceito fundamental constituído no artigo 227 da Constituição de 1988.

### ■ 3. O APADRINHAMENTO AFETIVO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELA PESSOA JURÍDICA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

O artigo 19-B, parágrafo 3º, do ECA, oportuniza as pessoas jurídicas como candidatas a possíveis padrinhos. Cury, Silveira e Veronese (2018, p. 239) salientam que “a lei não esmiuçou como se dará a o apadrinhamento, se apenas financeiramente ou se por meio de outros tipos de ações. Por enquanto, essa questão se verificará caso a caso, em cada comarca, em programas que deverá ser delimitado ou apoiado pela Justiça da Infância e Juventude”. Distinto do apadrinhamento afetivo, esta modalidade tem por óbvio o apadrinhamento de cunho financeiro em que a pessoa jurídica contribui com certo valor mensalmente, que poderá ser utilizado conforme a necessidade do acolhido, como por exemplo na compra de vestuários, materiais escolares, remédios, o que for melhor para colaborar com o desenvolvimento da criança ou adolescente.

Nucci (2018) reforça que o apadrinhamento realizado por pessoas jurídicas tem a vertente de apoiar financeiramente o acolhido, mais especificamente na colaboração de cunho material. É evidente que o objetivo nessa modalidade não é promover a convivência familiar e comunitária, muito menos nos aspectos social, moral e afetivo. Conforme os parâmetros da lei, o apadrinhamento pela pessoa jurídica incidirá no cumprimento estabelecido no âmbito de cada programa, pois a autonomia quanto às regras, requisitos e funcionamento será por conta de cada instituição que aderir ao programa de apadrinhamento.

Novamente, ratifica-se o que já fora explanado anteriormente, em que o apadrinhamento financeiro pode ser exercido tanto pela pessoa física, quanto pela pessoa jurídica, mas no caso de pessoa física poderá haver o contato com o acolhido, promovendo o afeto que é o objetivo do programa. No entanto, em se tratando do apadrinhamento pela pessoa jurídica, isso diametralmente não vai acontecer, pois é uma empresa que está de pano de fundo. Ainda nas palavras de Nucci (2018, p. 101), “o programa pode ser desenvolvido por pessoas jurídicas – estas podem até apadrinhar menores –, mas o contato depende de seres humanos”. Com tal afirmativa, é relevante observar que o dinheiro investido pela pessoa jurídica ao acolhido não substitui a necessidade desse de ter uma família, direito fundamental à convivência familiar e comunitária. Assim, é importante reforçar que o apadrinhado precisa de contato humano, das trocas de experiências com o padrinho e ou madrinha, a fim de que sejam proporcionadas condições benéficas e estáveis para o melhor interesse da criança e do adolescente.

Frisa-se, ainda, que o apadrinhamento pela pessoa jurídica muito pouco tem se discutido pelo fato de ter sido positivado recentemente, haja vista que o principal objetivo dos programas de apadrinhamento é garantir o bem estar e romper com o ciclo de fragilidade emocional dos acolhidos, pois, desta maneira, muitos lá estão por muito tempo e as possibilidades de adoção se tornam remotas pelo fator ‘idade’.

Com o advento da lei ao possibilitar o apadrinhamento pela pessoa jurídica no aspecto financeiro, é flagrante a contrariedade, em especial a finalidade do apadrinhamento afetivo, sendo latente que o parágrafo padece de compatibilidade, pois o principal requisito do artigo 19-B é resguardar a convivência familiar e comunitária àqueles acolhidos com pequena chance de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. Observando as palavras de Souza e Paravidini (2011, p. 539), “o que podemos considerar a priori é que o desejo de ser apadrinhado está atrelado ao desejo de ser adotado, ao desejo de ser querido por alguém, desejo de ser o objeto de desejo de outrem”. Exatamente por isto, é importante lembrar que a ordem constitucional, compilado entre os artigos 227- CRFB/88 e artigos 4º e 19 do ECA, identificados pelos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente, assim determina expressamente a obrigação de todos de garantir a convivência familiar e comunitária, seja ela de qualquer arranjo familiar. Deste modo, os artigos, a saber, reforçam o direito à convivência familiar e comunitária.

Logo, pode-se observar a existência de várias garantias legais que asseguram esse direito à convivência familiar e comunitária à criança e ao adolescente, elencando, ainda, a responsabilidade de todos de inserir esses sujeitos no contexto familiar e comunitário para



seu pleno desenvolvimento. O objetivo do apadrinhamento é resgatar à convivência familiar e comunitária, assim, o apadrinhamento financeiro não responde às expectativas e tão pouco se faz presente nessa tentativa, pois, como o dinheiro pode trazer convivência familiar se não tem o vínculo afetivo? Existe, portanto, a preocupação de até que ponto o apadrinhamento pela pessoa jurídica no aspecto financeiro possa efetivamente proporcionar aos acolhidos o direito à convivência familiar e comunitária, uma vez que não cria laços de afeto e não substitui a necessidade de uma família.

Cabe indagar se o parágrafo 3º, do artigo 19-B ECA, surgiu da ideia de afastar a responsabilidade do Estado em efetivar o direito à convivência familiar aos acolhidos, inserindo assim as empresas a apadrinhar financeiramente na tentativa de afastar uma falha do Estado, por não conseguir suprir a necessidade de colocar esses acolhidos nos lares de uma família. Vale mencionar que o incentivo financeiro não proporciona o convívio familiar, tão pouco faz crescer a autonomia dos acolhidos a viver as experiências do mundo externo, além dos muros das instituições.

Nesse mesmo sentido, o apadrinhamento pela pessoa jurídica não abarca a importância em se ter uma família, não resolve a situação dos acolhidos e não atende o comando consagrado no artigo 227 da CF/88, que assegura o direito fundamental à convivência familiar e comunitária as crianças e aos adolescentes. Dessa forma, importa dizer que o apadrinhamento pela pessoa jurídica não assegura e não substitui a necessidade do acolhido de possuir uma família. Significa salientar por toda a argumentação já desenvolvida até agora numa negativa à convivência familiar e comunitária aos acolhidos em abrigos. A grande questão é que há um elevado número de pretendentes à adoção de crianças menores e o número tão elevado quanto de infantes que não se enquadram no perfil desejado pelos adotantes e estão aptos à adoção.

### **3.1 A inexistência de desenvolvimento da convivência familiar e comunitária no apadrinhamento afetivo financeiro pela pessoa jurídica**

Do ponto de vista legal, o apadrinhamento afetivo disposto no Estatuto da Criança e Adolescente aponta a necessidade de trazer para o convívio social as crianças e ou os adolescentes que vivem por longos anos nas instituições de acolhimento ou em família acolhedora na esperança de serem adotados. “Afim, apadrinhar sempre significou, nos programas informais existentes, levar uma criança abrigada para a casa dos padrinhos, onde experimentará uma vivência familiar, tendo oportunidade de ter outros contatos com familiares, amigos e conhecidos dos referidos padrinhos” (NUCCI, 2018, p. 101). Portanto, cabe ressaltar que o vínculo afetivo entre o padrinho e o apadrinhado produz efeitos positivos quando enlaçada na presença de ambos os envolvidos, possibilitando concretizar o desenvolvimento em todos os aspectos, renovando o sentimento adormecido do que é uma família.

Conforme o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006, p. 52), “a defesa dos vínculos familiares e comunitários precisa de uma retaguarda forte nas políticas públicas, incluindo ações voltadas para as crianças e adolescentes que vivem situações especiais”. Há de se observar que, se o Estado ficar satisfeito com o apadrinhamento financeiro pela pessoa jurídica, as crianças e os adolescentes ainda vão permanecer institucionalizados e, de certa forma, terão seu direito à convivência familiar e comunitária sabotado. Partindo da premissa de que há um excessivo número de crianças e adolescentes aguardando nos centros de acolhimentos a colocação em uma família substituta, é conveniente esclarecer que “até hoje, de nada adiantou os inúmeros remendos a que o ECA foi submetido. Nem os inúmeros programas já instituídos ou a existência de órgãos, conselhos e fóruns voltados à proteção de crianças e adolescentes” (DIAS, 2018, *web*). Isso quer dizer que os obstáculos ainda perpassam, principalmente na questão do perfil exigidos pelos adotantes e também na questão do padrinho não poder adotar o apadrinhado ou, ainda, em última análise, quando o padrinho é apenas para questões de auxílio financeiro.



Interessante seria se o padrinho efetivamente pudesse proporcionar uma família substituta para a criança e o adolescente, mormente àquelas com mais idade, logo, “não há como negar que a responsabilidade deste caos é do próprio Estado que acabou criando um verdadeiro ciclo do abandono. Crianças e adolescentes estão crescendo sem que lhes seja garantido o direito a um lar” (DIAS, 2018, *web*). Portanto, o que se percebe é o risco que esses sujeitos estão correndo, devido ao Estado adotar medidas que possam atender às necessidades materiais dos acolhidos e, assim, adotar postura de que a situação daquele infante estaria resolvida, distante de proporcionar efetivamente à convivência familiar e comunitária. Por certo que a medida protetiva de acolhimento deve ser provisória, mas o que tem se constatado é que grande quantidade de crianças e adolescentes permanecem por vários anos institucionalizados.

Assim, o apadrinhamento é bem vindo, todavia, não se pode aceitar que seja esquecido o fim maior que é a reintegração familiar. Nesse sentido, descreve o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006, p. 44), “a nação brasileira não pode mais aceitar passivamente a existência de crianças e adolescentes ‘esquecidos’ nos abrigos e deve exercer sobre o tema o necessário controle social”.

Pois bem, a problemática existe e o Estado precisa ser ágil com implantação de políticas sociais públicas mais céleres. No caso do apadrinhamento pela pessoa jurídica, pouco tem a contribuir com os verdadeiros desafios que aterrorizam as crianças e os adolescentes, vez que não é o dinheiro que fará a mudança na parte afetiva dos sujeitos expostos a tantas fragilidades. O Estado precisa ser atuante e enérgico em não permitir que crianças e adolescentes passem por longos anos sendo negligenciados em instituições de acolhimento a ter um lar, que não se trata de mero capricho e, sim, do direito fundamental que lhes é resguardado. Corroborando o que já foi mencionado, o Estado precisa fomentar a adoção tardia, pois os índices apontam o crescimento de crianças e adolescentes com idades mais avançadas esperando em instituições para serem adotadas. Logo, há muito a ser feito, principalmente com relação ao perfil desejado pelos candidatos, o que faz aumentar o número de acolhidos.

Nesse mesmo sentido, é importante ressaltar que o número de pretendentes é maior do que o de crianças e adolescentes à disposição para serem adotadas, conforme apontam os dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA, 2019, *web*). Ao analisar os índices referenciais no CNA, em 22/08/2019, pode ser observada a existência de 42.560 pretendentes disponíveis cadastrados aptos, ao lado de 4.973 crianças e adolescentes disponíveis para adoção, dados esses no âmbito nacional.

Conforme os dados obtidos, constata-se que, dos 42.560 pretendentes, apenas 1.383 (mil trezentos e oitenta e três) aceitam crianças com 7 (sete) anos de idade; 589 (quinhentos e oitenta e nove) pretendentes aceitam crianças de 8 (oito) anos; 603 (seiscentos e três) aceitam crianças de 9 (nove) anos; já adolescentes de 12 (doze) anos são aceitos apenas por 108 (cento e oito) pretendentes, passando esse percentual a menos de 1% (um por cento) quando a idade do adolescente é de 17 anos. No caso de crianças e adolescentes, soma 4.973 disponíveis, isso quer dizer que atualmente há mais pretendentes do que infantes disponíveis à adoção. Todavia, crianças até 6 (seis) anos de idade são as mais desejadas pelos pretendentes, sendo certo que, quanto maior a idade, menor a possibilidade de serem adotados.

Percebe-se, deste modo, que crianças e adolescentes maiores passam essa fase institucionalizada e nunca encontram uma família, assim, imperioso atentar acerca da responsabilidade do Estado de promover o direito à convivência familiar e comunitária, mesmo que esses infantes tenham sido agraciados com o apadrinhamento, mormente, apadrinhamento financeiro, que não lhe proporciona o pleno exercício do direito.

## ■ CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise do instituto apadrinhamento afetivo pela pessoa jurídica. Ainda, em caráter experimental, a lei deixou à cargo dos programas de apadrinhamento a efetiva tarefa de organizar o funcionamento de forma autônoma. O

apadrinhamento afetivo já vem sendo praticado há muitos anos em diversas instituições, mas, somente em 2017, pela Lei 13.509, ocorreu a normatização no Estatuto da Criança e do Adolescente e restou possibilitado o apadrinhamento pela pessoa jurídica legalmente previsto.

Com base no exposto, nota-se que a norma carece de fundamentação por não contemplar de forma explícita como se dará o apadrinhamento, tornando os parágrafos muito superficiais em linhas gerais, visualizando assim certa insegurança, de modo que as instituições de acolhimento serão responsáveis por estabelecer as diretrizes do projeto. O apadrinhamento afetivo surgiu da necessidade de fomentar e instigar o interesse social e jurídico, promovendo uma alternativa para crianças e adolescentes que possuem remotas chances de adoção e por não se enquadrarem nas exigências dos inscritos na fila da adoção.

Cabe ressaltar que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, com proteção integral e prioridade absoluta, ambos amparados pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assim assegurados à convivência familiar e comunitária como base fundamental para o desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro. Então, partindo dessa premissa, é de suma importância incentivar o programa de apadrinhamento afetivo, criando oportunidades de inserir crianças e adolescentes a reviver e reforçar os vínculos afetivos na convivência de uma família. Embora haja alguns pontos pertinentes a se rever e progredir na questão do parágrafo 3º do artigo 19-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, o apadrinhamento pela pessoa jurídica, que é de cunho financeiro, não possibilita uma referência familiar, pois inexistente o vínculo de afeto entre o dinheiro e o ser humano. É claro que a colaboração é bem-vinda, porém o que não pode ser permitido é que o apadrinhamento pela pessoa jurídica prevaleça frente às garantias de assegurar à convivência familiar e comunitária, gerando um risco para aquelas crianças e adolescentes que estão à espera de uma família.

Desse modo, constata-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente cada vez mais vem progredindo na busca de assegurar os direitos da criança e do adolescente, mas, na prática, o que se observa diante do número elevado de crianças acima de sete anos, nos centros de acolhimento, é a ineficácia do cumprimento da lei. O Estado precisa desenvolver políticas sociais públicas efetivas, não transferindo sua responsabilidade para a rede privada, tendo como objetivo principal resguardar a convivência familiar, o que a rede privada não poderá suprir.

Enfim, ainda que exista muito trabalho a ser desenvolvido, principalmente por ser um mecanismo recente no ordenamento, grandes desafios e problemas precisam ser solucionados na expectativa de oferecer aos infantes o mínimo de dignidade possível.

Por isso, é importante que o assunto aqui questionado seja aprimorado por novos estudos, necessitando de debates para melhor compreensão.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 nov. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Criança e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária**. 2006. Disponível em: <[https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Cadernos/Plano\\_Defesa\\_CriançasAdolescentes%20.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

CURY, Munir; SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13. ed., ver. e atual. São Paulo: 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção**: um direito que não existe. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, fev. 2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6535/Ado%C3%A7%C3%A3o%3A+um+direito+que+n%C3%A3o+existe>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Apadrinhamento afetivo proporciona convivência familiar a crianças do DF**. Brasília, CNJ, jun. 2015a. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/apadrinhamento-afetivo-proporciona-convivencia-familiar-para-criancas-do-df/>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Projeto de apadrinhamento em três modalidades auxilia 300 crianças no RJ**. Brasília, CNJ, dez. 2015b. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/projeto-de-apadrinhamento-em-tres-modalidades-auxilia-300-criancas-no-rj/>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MORAES, Alexandre de et al. **Constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. rev. e atual. por Tânia Regina Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Apadrinhamento Afetivo/financeiro**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/ApadrinhamentoAfetivo>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

SOUZA, Karollyne Kerol de; PARAVIDINI, João Luiz Leitão. **Vínculos entre crianças em situação de acolhimento institucional e visitantes da instituição**. Brasília: Psicologia: Ciência e Profissão. v. 31, n. 3. p. 536-553, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v31n3/v31n3a08.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

# A MONETIZAÇÃO DO AFETO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A ADMISSÃO DA REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Karine Hernaski<sup>48</sup>

Janaína Silveira Soares Madeira<sup>49</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata da monetização do afeto, mediante a análise jurisprudencial sobre a admissão da reparação civil por abandono afetivo. O tema é relevante em razão da significativa divergência jurisprudencial na admissão da reparação civil no caso de abandono afetivo, e pela importância do convívio familiar com a sua prole no desenvolvimento da criança e do adolescente. O principal objetivo é analisar a monetização do afeto nos pedidos de reparação civil por abandono afetivo. Assim, demonstra-se por meio da abordagem qualitativa, com método indutivo, através de pesquisa bibliográfica e documental, com fonte em doutrinas, legislações e jurisprudências, que, a possibilidade de indenização da responsabilidade civil pelo abandono afetivo dos pais com os filhos nem sempre é possível. Sendo que, é de difícil valoração quando admitido, pois, ainda não tem unanimidade nas decisões jurisprudenciais sobre ser ou não um ato ilícito, e quando caracterizado, o quanto seria a mensuração para compensar os danos psicológicos causados ao filho abandonado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abandono afetivo. Monetização do afeto. Reparação civil.

## ■ INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a temática da monetização do afeto, mediante a análise jurisprudencial sobre a admissão da reparação civil por abandono afetivo. A principal relevância do tema é em razão da significativa divergência jurisprudencial na admissão da reparação civil no caso de abandono afetivo, na complexidade refletida nas decisões do judiciário e nos embates da doutrina que apresentam entendimentos divergentes.

Em se tratando de uma discussão nova, o tema é rico em hipóteses e possibilidades com diversos entendimentos, sendo que a análise social se incorpora aos debates, a cultura do povo e a sua história, visto que o Direito abraça todos os anseios sociais onde abriga muitas possibilidades.

A importância do afeto, uma novel abordagem, é um componente essencial e estrutural no núcleo familiar (PEREIRA, 2006), o qual se traduz no princípio da afetividade. Isto posto, possui relevância por ser essencial ao ser na sua formação e no desenvolvimento de seu caráter, na maneira como pessoa e de como se relacionar com o outro. Além de ser muito importante e de base ao ser humano, o afeto é um direito fundamental, visto que é um direito decorrente e alicerçado ao convívio familiar (NEVES, 2012).

Há crucial importância da família para o indivíduo, pois é onde nasce, se desenvolve, molda a personalidade e o caráter e se enquadra na sociedade, além de que é na família que o indivíduo busca sempre refúgio, amparo e conforto em todo o decorrer da vida (PEREIRA, 2006). Essa base familiar busca preservar um aspecto significativo de LAR, que é um lugar de afeto e respeito (DIAS, 2013).

<sup>48</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

<sup>49</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

A estrutura familiar ao longo dos anos foi se transformando trazendo, mudanças no modo de pensar e agir das pessoas, alterações dos princípios morais, das condutas sociais e consigo a valorização do afeto, refletindo no âmbito jurídico.

Tendo em vista essas mudanças sociais de forma bastante acelerada, surgem novos conflitos, especialmente no tocante a família, pois é no âmbito do direito de família que surgem as maiores mudanças da sociedade (LOMEU, 2019). Com isso, as relações familiares atuais trazem a problemática que gera a possibilidade de admissão da monetização do afeto nos pedidos de reparação civil por abandono afetivo. Nessa perspectiva, há divergências profundas nas correntes doutrinárias e nas decisões judiciais quanto ao entendimento da admissão da indenização pela ausência do afeto.

Ainda se tem a ampla discussão de dano moral, responsabilidade civil pela falta do afeto e os prejuízos irreversíveis que os filhos suportam por conta da inexistência de afeto dos pais, sendo de difícil valoração, pois impacta na questão da monetização pelo abandono afetivo, ou seja, a “compra do amor”, que, no entanto, é apenas uma forma de compensar ou amenizar os danos causados àquela criança ou adolescente que foi abandonado afetivamente (MATOS, 2017).

A discussão principal está na existência de dissenso em relação ao tema, que implica na subdivisão de interpretação e no entendimento à possibilidade de indenização pela ausência do afeto nos pedidos de indenização por dano afetivo, acarretando a procedência da ação de indenização ou que a indenização por dano afetivo acarrete à monetização do afeto, o qual não pode ser indenizado.

Na acepção positiva ao dever de indenizar quanto à teoria do desamor, o abandono afetivo entre pais e filhos, é defendido por Tartuce (2018, p. 293), onde “a responsabilidade civil tem incidido nas relações familiares [...] entra em debate, amplamente, se o pai que não convive com o filho, dando-lhe afeto ou amor, pode ser condenado a indenizá-lo por danos morais”.

De outro lado, “a corrente negativa do dever de indenizar pela falta de afetividade defende que os deveres decorrentes da paternidade não podem invadir o campo subjetivo do afeto, inexistindo obrigação legal de amar” (BRAGA, 2011).

Nesse aspecto, ocorre o entendimento de ser ou não um ato ilícito e de possível indenização a inexistência de afeto entre os genitores e sua prole. Dessa forma, a discussão é complexa em razão de que, por mais que se defenda que afeto não se compra, ou seja, não pode ser monetizado, é uma forma de compensar os danos morais causados, muito embora tenha entendimentos de que legalmente inexistente essa obrigação de amar.

Dessa forma, faz-se necessário o presente estudo no tocante à divergência de entendimentos quanto à acepção positiva e negativa no dever de indenizar a conduta ilícita dos pais, para ser considerado um fator indenizatório e de forma compensatória pelos danos morais causados a sua prole.

O interesse por este tema surgiu da oportunidade de presenciar casos práticos estagiando em escritório de advocacia, que mostraram dissensos, pois a jurisprudência abre para diversos entendimentos e cada caso possui decisões diferentes, dependendo do tribunal e de quem irá analisar, e, ainda pela grande relevância social, o que leva a uma análise na esfera jurídica.

Isto posto, o presente estudo está estruturado da seguinte forma: inicialmente é apresentada a evolução do conceito de família e os princípios norteadores dos direitos do filho ao afeto, a seguir é feita uma breve análise sobre responsabilidade civil por abandono afetivo e a possibilidade de indenização e, por fim, apresentam-se as posições e divergências encontradas na jurisprudência quanto à admissão da reparação civil por abandono afetivo.



## ■ 1. A EVOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS E O PRINCÍPIO NORTEADOR DO DIREITO DO FILHO AO AFETO

As transformações das famílias fundadas nos princípios constitucionais decorrentes da Carta Magna de 1988 sustentam a possibilidade do reconhecimento da responsabilidade civil e, conseqüentemente, indenização por dano moral nas relações familiares. Dessa forma, faz-se necessário a abordagem da evolução do conceito de família, que foi se modificando, de acordo com o tempo e evolução da sociedade. E, ainda, é imperioso tratar dos princípios que norteiam o direito das famílias e especialmente o direito do filho ao afeto.

### 1.1 O conceito de Família

O modelo de família passou por várias mudanças ao longo do tempo e, conseqüentemente no direito das famílias, o ordenamento jurídico foi acompanhando essas mudanças. Para Skaf (2018, *apud* DINIZ, 2002, p. 2), o conceito de família “consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe”, visando o melhor interesse e a proteção do filho.

O Código Civil de 1916, nos arts. 70 e 233 a 255, conceitua a família como um bem jurídico, de acordo com o pensamento da época em que o marido era quem chefiava e a mulher era apenas uma colaboradora no interesse comum do casal e dos filhos (BRASIL, 1916). A instituição da família no Código Civil de 2002, nos arts. 1.565 a 1.570, diferentemente, trouxe a figura da mulher como independente, passando a ter direitos e deveres iguais aos do marido, e as obrigações da sociedade conjugal sendo exercidas em colaboração pelo casal (BRASIL, 2002), ambos tendo as mesmas responsabilidades no que concerne à família, além de reconhecimento da igualdade de direito entre os filhos e a elevação da criança e do adolescente, à sujeitos de direitos.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8069/90, resta estabelecido o conceito de família natural, como sendo aquela formada pelos pais ou por um deles e seus descendentes. A família extensa ou ampliada é definida como aquela composta pelos parentes próximos, com os quais a criança e adolescente possuem vínculo afetivo. Nessa perspectiva, é assegurado à criança e ao adolescente o direito de ser criado e educado no seio de sua família natural ou ampliada e, de forma excepcional, optando-se pela família substituta, que é aquela decorrente de guarda, tutela ou adoção. Isto posto, possui a criança e o adolescente o direito à convivência familiar e comunitária, em ambiente que assegure seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que a família é base da sociedade, razão pela qual recebe proteção especial do Estado, que assegurará a assistência à família (BRASIL, 1988). Portanto, com a promulgação da Constituição de 1988 houve a modificação significativa no conceito de família, sendo, atualmente, reconhecida a família plural. No dizer de Dias (2013), a família nos dias de hoje passou a ser plural, solidária e local de realização dos anseios e inspirações de seus membros, as quais se unem no intuito de serem felizes, onde o sentido na manutenção constituição da família é a busca de realização de seus membros, sob uma concepção eudemonistada família.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2017), a família é um elemento impulsivo das maiores alegrias e satisfações, mas também o ambiente das maiores frustrações, decepções, traumas e medos, demonstrando que o conceito de família abrange também uma significação psicológica, jurídica e social. A família ainda continua a ser fundamental na existência do indivíduo, da sociedade e do Estado, no entanto, houve uma reformulação do conceito e modelo convencional da família e, as convicções de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo em prol da proteção da pessoa humana sendo que a função instrumental foi adquirida para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes (DIAS, 2013).



Em uma perspectiva constitucional de família e as relações familiares, afirma Gagliano e Pamplona Filho (2017, *apud* GAMA, 2003, p. 67-68) que:

A família deve existir em função dos seus membros, e não o contrário [...] a efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidárias, democráticos e humanistas.

Atualmente a família é entendida como um meio de estímulo de personalidade e desenvolvimento, constituída no afeto e na solidariedade, ou seja, é compreendida fundamentalmente em laços de afetividade, conforme destaca Braga (2011, *apud* ROSENVALD, 2010). Ainda “a família é sempre socioafetiva, em razão de ser um grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva [...] como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos”, como afirma Dias (2013, *apud* LÔBO, 2011, p. 146).

Nessa perspectiva, percebe-se que a afetividade é essencial no vínculo familiar, sobretudo no que se depreende ao desenvolvimento e formação da personalidade do ser humano, e dessa forma, quanto ao amparo do Direito das Famílias, é necessária a análise dos princípios constitucionais, que serão verificados a seguir.

## 1.2 Princípios gerais e constitucionais da família

O princípio norteador do Direito das Famílias é o da afetividade, entretanto, é necessário destacar os demais princípios constitucionais que amparam as relações familiares.

O mais universal de todos os princípios, disposto no artigo 1º, III, da CRFB/88, é o da Dignidade da Pessoa Humana, um macroprincípio de ordem constitucional que irradia os demais e liga todos os institutos à realização de sua personalidade, colocando a pessoa humana no centro protetor do direito, dando igual dignidade e proteção para todas as entidades familiares (DIAS, 2013). Trata-se de um princípio cuja definição arrisca-se dizer sob uma noção jurídica de dignidade, que se traduz em um valor fundamental de respeito à existência humana, de possibilidades e expectativas, tanto patrimoniais como afetivas, que são indispensáveis à realização pessoal e à busca da felicidade (GAGLIANO e PAMPLONA Filho, 2017).

Outro princípio essencial para o Direito das Famílias é o da paternidade, ou parentalidade responsável, disposto no art. 226, §7º, da CRFB/88, que conforme Braga (2011), abrange uma responsabilidade individual e social dos pais em priorizar o conforto, bem-estar físico, psíquico e moral de sua prole, prezando pelo respeito aos direitos que lhe são reconhecidos.

A Carta Magna de 1988 dispõe em seus artigos que o planejamento familiar é de livre decisão dos cônjuges, com base no princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Paternidade Responsável, sendo de responsabilidade de ambos os cônjuges (GONÇALVES, 2012). Nessa esteira, o CC/2002, no art. 1.566, afirma a responsabilidade dos pais e das obrigações com os filhos (BRASIL, 2002). Para Dias (2013), a responsabilidade dos pais é objetiva, tendo plena atuação ao princípio da Paternidade Responsável e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, que deixam claro a importância do papel dos pais na educação e desenvolvimento dos filhos.

Importante destacar, também, os princípios da Proteção, Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, previstos no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 227, caput da CRFB/88, que estabelecem o dever de todos, mas principalmente da família, da sociedade, da comunidade e do Estado assegurar a proteção integral, com prioridade absoluta

à efetivação dos direitos fundamentais da infância (BRASIL, 1990). Neste sentido, o princípio da proteção estabelece, conforme Angeluci (2019, p. 46) que:

para a transformação do estado infantil em estado adulto, é imperioso o respeito à infância, aos primeiros passos da longa jornada da vida. Somente possibilitando o aprendizado sadio das experiências da vida é que o processo de formação humana poderá atingir seu ápice: a conquista da dignidade da pessoa e seu auto reconhecimento como pessoa com plena dignidade.

Destaca-se também o princípio da Solidariedade Familiar, que é reconhecido no art. 3º, inciso I, como objetivo fundamental da Constituição Federativa do Brasil de 1988 de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e, por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, devendo assim existir nesses relacionamentos pessoais, pois, a solidariedade é um ato humanitário de *responder-se e, preocupar-se* pelo outro, bem como *cuidar* de outra pessoa, e ainda, vale lembrar que não é apenas patrimonial, mas sim, afetivo e psicológico (TARTUCE, 2018).

Dessa forma, percebe-se que os princípios elencados são imprescindíveis na relação familiar para o desenvolvimento da criança e adolescente, garantindo os direitos e deveres aos envolvidos nas relações familiares.

### 1.3 Afeto como valor jurídico

Na ordenação jurídica da família ganha dimensão e relevância o princípio jurídico do afeto, que é o grande norteador do Direito das Famílias na contemporaneidade (BRAGA, 2011).

O novo modelo de família funda-se nos pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, trazendo assim o reconhecimento do direito ao afeto interligado ao direito fundamental à felicidade, no sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade e da supremacia do amor (DIAS, 2013)

Tal reconhecimento da importância ao princípio da afetividade é também descrita por Fischer (2018, s.p):

Este princípio visa a assegurar ao homem os direitos e garantias fundamentais previstos em lei, a fim de impedir todo o ato atentatório contra sua dignidade, podendo ser esta interpretada como sinônimo de felicidade. O ser humano para ser plenamente feliz precisa conviver em sociedade, necessita do contato com outros indivíduos, o que dará origem a uma relação assentada no afeto, a qual deve ser tutelada, sob pena de violação a sua dignidade, ao seu direito de ser feliz, garantindo o direito à filiação integral, o que incluiu o direito de ser criado na companhia e na convivência com os pais, desde que não prejudique seu interesse e desenvolvimento.

O Direito das Famílias está inteiramente ligado ao afeto, dado que, a base da família é o vínculo afetivo, assim, concretiza o lar familiar tornando essa relação forte e segura, pois se fortalece quando o amor fala por ela, evidenciando a importância do afeto dentro da família (XIMENES *et al*, 2018). Está relacionado ao direito à convivência familiar, não só dos filhos, mas também dos pais. Por meio desse direito, as afinidades entre parentes se constituem para que seja respeitado, sendo fundamental que o afeto se estabeleça nas relações de filiação, visto que a sua ausência na vida do ser humano pode trazer sequelas inconvertíveis, comprometendo a sua personalidade ou até sua vida, ferindo assim a dignidade como pessoa (SANTOS, 2008).

Na formação da personalidade para a constituição do caráter da pessoa, o indivíduo necessita do afeto, pois “é o caráter de essencialidade do afeto na formação da personalidade do menor, que faz com que seja considerável a justificativa ao direito de reparação do dano moral e psicológico gerado pela sua ausência” (REIS, 2018).

O afeto é tutelado constitucionalmente, e deve-se exigir dos genitores que se concretize esse direito individual à criança e ao adolescente, sob pena de ser condenado a indenizar a vítima, pois, fere-se a dignidade, conforme discorre Fischer (2018, s. p):

[.] diante da tutela constitucional das relações familiares mediante o reconhecimento da necessidade de afeto entre seus membros como fonte garantidora de felicidade, ou seja, de dignidade humana,00 inclusive na relação de filiação em que há dever expresso nesse sentido, ou melhor, em exigir que os pais prestem tanto assistência material e moral, de forma integral e plena, na criação, educação e sustento dos filhos, vê-se que qualquer ação ou omissão daqueles nesse sentido pode ser punida, gerando o dever de indenizar a vítima que obteve sua esfera moral violada.

Neste contexto, é notório que o afeto é essencial no desenvolvimento e na formação do caráter do indivíduo, que hoje é reconhecido como direito ao ser humano, cabendo aos genitores proporcionar a criança e ao adolescente esse vínculo afetivo, para assim consagrar esse princípio norteador do Direito das Famílias, garantindo a dignidade humana.

## ■ 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO

Acerca do tema, há tantas correntes favoráveis como desfavoráveis para reconhecimento da responsabilidade civil pelo dano ocasionado pelo abandono afetivo. Assim, se faz importante o estudo da possibilidade de reparação por dano moral pelo abandono afetivo do filho e por seus genitores, em decorrência da rejeição, negligência e as consequências acarretadas no seu desenvolvimento.

### 2.1 O abandono afetivo nas relações de filiação

O afeto é um direito essencial e estrutural, visto que é um direito decorrente e alicerçado ao convívio da família. Não há como pensar em família ou convívio familiar sem enunciar o afeto ou o companheirismo. O convívio familiar é um direito fundamental da criança e do adolescente, tendo em vista que estes estão em processo de formação da personalidade. Dessa forma, o referido direito deve ser um exercício para que se proporcione o integral desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente na sua formação como pessoa. A recusa deste direito retratará em uma violação ao direito primordial à convivência familiar, caracterizando danos a sua personalidade (NEVES, 2012).

O abandono afetivo (moral e psíquico) é caracterizado como o pior tipo de abandono que uma criança e um adolescente podem sofrer, sendo capaz de acarretar inestimáveis transtornos psíquicos, ocasionando uma enorme estimativa de consequências caóticas na vida desses seres em formação, podendo ocasionar em problemas comportamentais na fase adulta (ARRUDA, 2018).

Com relação às consequências do abandono afetivo, o que se busca assimilar é a consequência do não cumprimento desse arbítrio, como relatos em que ocorre o abandono afetivo parental. Esse comportamento se caracteriza como uma conduta negligente, egoísta, imperdoável e repreensível, mas que, lamentavelmente, não está legalmente prevista como uma infração dotada de sanção punitiva, motivo este que por muitas das vezes é difícil para a justiça entender o afastamento dos pais com relação aos filhos como um abandono afetivo, dado que, mesmo distantes, cada família, ou caso do referido assunto, deve ser analisada com muito cuidado (XIMENES *et al*, 2018).

Do mesmo modo, descreve Hinoraka (2019, p. 3) que “o abandono afetivo se configura pela omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua concepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo”.

Nessa perspectiva, é notável a crucial importância do afeto no desenvolvimento do caráter humano e a falta dele pode ocasionar consequências caóticas na vida do abandonado. Para essas condutas negligentes dos genitores, tem sido buscado a possibilidade da aplicação da indenização por danos morais e responsabilidade civil pelo abandono afetivo, como forma de compensar esses danos causados.

## 2.2 Da indenização por dano moral pelo abandono afetivo

A legislação civil brasileira regulamenta que o causador direto do dano é obrigado a ressarcir os prejuízos, desta forma, evidenciando a importância do afeto e da proteção ao direito à personalidade. Se houver lesão, ocorrendo dano, culpa e nexos causal, o ato ilícito caracterizado pela ausência de afeto deve ser indenizado, na forma dos arts. 186 e 927 do CC.

A CRFB/88 assegura quanto aos deveres dos pais com a criação e educação dos filhos de maneira que, se ocorrer lesão ao bem jurídico, nesta situação o genitor que abandonou seu filho, tendo como consideração o direito que assegura a personalidade da criança e do adolescente, deve ser cobrado a reparação do dano causado (ZANOLLA e VIECILI, 2014).

A consequência do abandono afetivo é um dano à moral do indivíduo, causando assim uma ofensa ao ser humano e ao seu direito à personalidade, que se inicia dentro do convívio familiar, sendo assim, o afeto é responsável por estimular e infiltrar o ser humano a sua responsabilidade social. (ARRUDA, 2018).

Para caracterizar a obrigação de indenizar, Madaleno e Barbosa (2015, p. 402 e 403) afirmam:

Para que haja imposição da obrigação de indenizar deve ocorrer uma atuação lesiva que seja contrária ao direito ou antijurídica. O descumprimento do exercício do poder familiar por qualquer um dos genitores afronta os dispositivos acima descritos e, portanto, configura um ilícito. Logo, é fato gerador de indenização.

Sendo assim, a reparação por dano moral “não visa dar preço à dor, mas atenuá-la, compensá-la de alguma forma, ou seja, funda-se não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos de lesão jurídica” (BRAGA, 2011). Ainda, preconiza Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 894) que, “na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória”.

Logo, conforme expõe Cardin (2012, p. 69), diante dessa nova visão constitucional da família, iniciou-se a valorização do vínculo de afetividade e da solidariedade na relação familiar, pois “passou-se a exigir responsabilidade entre esses entes por atos cometidos em detrimento dos outros, em especial por dano moral”. A autora conclui ainda que:

lesão produzida por um membro da família a outro é gravame maior do que o provocado por terceiro estranho à relação familiar, ante a situação privilegiada que aquele desfruta em relação a este, o que justifica a aplicabilidade da teoria geral da responsabilidade civil (CARDIN, 2012, p. 69).

Portanto, o causador do dano moral é obrigado a indenizar e sofrer a responsabilidade civil para compensar os prejuízos causados a vítima, sendo assim é necessário analisar a possibilidade civil pelo abandono afetivo.

## 2.3 A possibilidade da responsabilidade civil pelo abandono afetivo

Atualmente, a responsabilidade civil pelo abandono afetivo tem sido assunto de ampla atenção, suscitados diversos questionamentos jurisprudenciais e doutrinários. No Direito das Famílias, seria o ressarcimento do pai com relação ao filho que, não dando o amparo necessário

para assegurar o melhor desenvolvimento individual e social, quebra um dever de não lesar, se responsabilizando a uma prestação por danos morais (XIMENES *et al*, 2018).

A responsabilidade civil caracteriza-se por três elementos fundamentais, que Gagliano e Pamplona Filho (2017, p.750) descrevem como:

a) Conduta humana: que pode ser comissiva ou omissiva (positiva ou negativa), própria ou de terceiros ou, mesmo, ilícita (regra geral) ou lícita (situação excepcional); b) dano: a violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja de violação a um direito da personalidade; c) nexo de causalidade: a vinculação necessária entre a conduta humana e o dano.

Além desses três elementos básicos [...] há de se lembrar o elemento anímico, a culpa.

Os autores ainda concluem que “a aplicação da responsabilidade civil, a qual deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo, ao causador do dano, a consequente obrigação de indenizar a vítima” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017, p.750).

O intuito da indenização pela responsabilidade civil é defendido do modo a compensar os prejuízos sofridos pela criança e pelo adolescente, diante da ausência do genitor no desenvolvimento da sua personalidade, que derivou em danos psíquicos significativos, sendo capazes de serem reparados no deslinde da responsabilização civil, seja objetiva, disposto no art. 927 do Código civil de 2002, ou subjetiva, no art. 186 do CC/2002 (FISCHER, 2018).

Logo, a responsabilidade civil acima elencada tem por objeto a proteção da família, acarretando sanção punitiva no descumprimento a essa entidade. Nos pedidos judiciais a acerca do tema, há divergências encontradas na jurisprudência a respeito da possibilidade de indenização por dano afetivo, quanto à caracterização da responsabilidade civil e dano moral, que serão analisadas a seguir.

### 3. DIVERGÊNCIAS ENCONTRADAS NA JURISPRUDÊNCIA NA ADMISSÃO DA REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A discussão em foco é principalmente quanto ao litígio da indenização e, compensação ao dano afetivo ser admissível. Como é tratada pela jurisprudência a monetização do afeto nos pedidos de reparação civil por abandono afetivo?

#### 3.1 Admissão positiva no dever de indenizar

A Jurisprudência, até poucos anos atrás, era unânime no seu entendimento quanto ao abandono afetivo não ser causa relevante para uma indenização. No entanto, a sociedade foi evoluindo, mudando o conceito convencional de família que tinha, como também a aceitação da paternidade socioafetiva, como é chamada, que valoriza a afeição de laços consanguíneos, passando a ter mais espaço no âmbito jurídico, não tendo mais uma mera visão de questão subjetiva, mas sim, tendo o reconhecimento até mesmo no próprio Código Civil (XIMENES *et al*, 2018).

Demonstrando a evolução do tema da monetização do afeto e a caracterização de ser ou não ato ilícito, surgiu no ano de 2012, a decisão da Relatora Ministra Nancy Andrighi à revisão quanto ao reconhecimento do art. 5º, incisos V e X, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo (TARTUCE, 2017). A ementa foi publicada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole



foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção sócia [.] (BRASIL, 2012).

A reparação, no que concerne o abandono afetivo, não é comprar e nem negociar o amor, como é dito pelos contrários à ideia de reparação, até mesmo porque, para que haja a chamada “compra”, seria necessário que o objeto estivesse à venda e o afeto e o amor, por serem personalíssimos, são indisponíveis. A monetização do amor é, sem dúvida, uma medida justa para fatos nesse contexto (SANTOS, 2008). Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou procedente o pedido indenizatório, por existência do abandono afetivo, pela infração dos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C ALIMENTOS E COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANOS MORAIS [.] PAIS ADOTIVOS. CRIANÇAS VÍTIMAS DE AGRESSÕES E MAUS-TRATOS. CASTIGOS IMODERADOS E ABUSO DE AUTORIDADE REITERADOS. RÉUS QUE MANIFESTARAM CONCORDÂNCIA COM A PERDA DO PODER FAMILIAR. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO CARACTERIZADO. INFRAÇÃO DOS DEVERES JURÍDICOS DE ASSISTÊNCIA IMATERIAL E PROTEÇÃO. ILÍCITO CIVIL EVIDENCIADO. OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE AS INFANTES. QUANTUM COMPENSATÓRIO REDUZIDO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE [.] In casu, as condutas comissivas e omissivas dos genitores configuraram abandono afetivo na exata medida que infringiram os deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar, ensejando a compensação pecuniária pelos danos morais causados. V - Considerando a natureza compensatória pecuniária em sede de danos morais, a importância estabelecida em decisão judicial há de estar em sintonia com o ilícito praticado, a extensão do dano sofrido pela vítima com todos os seus consectários, o grau de culpa e a capacidade econômica das partes, não devendo acarretar enriquecimento das vítimas e empobrecimento dos ofensores, servindo a providência como caráter pedagógico, punitivo e profilático inibidor da conduta perpetrada pelos demandados [.] (SANTA CATARINA, 2017).

As decisões condenatórias compulsórias destinadas aos filhos que foram de fato vítimas de abandono, comprovado nos autos, ante o preenchimento dos requisitos da reparação civil, muito possivelmente não se constituirão em uma restituição total das consequências negativas acarretadas, a amargura sofrida, e nem proporcionarão o afeto não dado, mas certamente propiciarão o mínimo que seja de conforto e reparo na dignidade humana abalada da pessoa (SKAF, 2011).

Ademais, um aspecto relevante a se observar é a necessidade de condenação dos pais a pagar indenização pelo dano psicológico causado em decorrência de sua omissão na formação e desenvolvimento do filho, haja vista que a cada dia este problema está crescendo, ocasionando um dano na vida da criança e do adolescente, tornando-o emocionalmente abalado pelo abandono afetivo (KEITEL e PIRES, 2015). O Superior Tribunal de Justiça (STJ) nesse sentido julgou procedente, condenando o pai ao pagamento de reparação por danos morais ao filho, pelo abalo ocasionado decorrente do abandono afetivo:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O descumprimento da obrigação



pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido (BRASIL, 2018).

Diante disso, ainda que não seja um entendimento jurisprudencial unânime, inúmeras ações têm sido debatidas no judiciário brasileiro como forma de gerar responsabilidade civil indenizatória pelo abandono afetivo (KEITEL e PIRES, 2015). Assim, cabe citar o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que proferiu sentença favorável ao pedido de indenização por abandono afetivo, condenando ao pai a indenização no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), para cada um dos autores:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS C/C INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MORAL E AFETIVO. [...] FILHOS QUE IMPUTAM AO PAI O COMETIMENTO DE ABANDONO AFETIVO DECORRENTE DO SEU DELIBERADO DISTANCIAMENTO APÓS FIXAR RESIDÊNCIA NO EXTERIOR E PÔR FIM AO RELACIONAMENTO CONJUGAL [...] RECURSO CONHECIDO E PROVIDO [...] Ante o exposto, afasto a preliminar de carência da ação, e, analisando o mérito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE para CONDENAR o réu P. S. de S. ao pagamento de indenização no valor de R\$ 100.000,00 [...] para cada um dos autores, a ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e incidindo juros da mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação [...] (SANTA CATARINA, 2019).

Logo, é evidente que o entendimento jurisprudencial não é unânime quanto a aceção no dever de indenizar, por ser de difícil valoração ou até se caracterizar um ato ilícito pelos genitores na visão dos julgadores, que se demonstrará a seguir.

### 3.2 Admissão contrária no dever de indenizar

Na linha de tendência jurisprudencial contrária ao dever indenizatório, de entendimento negativo do direito à reparação por abandono afetivo, aparenta passar por um processo de desconstrução, tendo em consideração o sentir, principalmente, a perspectiva social da responsabilidade civil, conforme os julgados mais recentes, favoráveis ao amparo indenizatório da vítima. Sensatamente, é sabido que dinheiro algum de fato equipondera a ausência, a frieza, o desprezo e o desamor paterno ou materno ao longo da vida (GAGLIANO e PAMPLONA Filho, 2017).

A grande perplexidade jurisprudencial na admissão da reparação civil por abandono afetivo, com imensa preponderância de julgados que concluem pela inexistência de ato ilícito nos casos, nota-se pela ausência de prova do dano (TARTUCE, 2017).

Nesta esteira, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o pedido de reparação decorrente do abandono afetivo por falta de provas contra a caracterização do ato ilícito e não demonstração do abalo psicológico do filho:

APELAÇÃO CÍVEL. DANO EXTRAPATRIMONIAL. ABANDONO AFETIVO DE FILHO MENOR DE IDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE REPARAÇÃO. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. A reparação de alegado dano de natureza extrapatrimonial exige prova da prática de ato ilícito em violação a direito alheio, além do nexo de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva do ofensor em relação à vítima, nos termos do que dispõem os arts. 186 e 927 do Código Civil. O aventado abalo psicológico sofrido pelo recorrente em razão da omissão

afetiva ou da ausência de convivência com o genitor após a ruptura do relacionamento dos pais não restou demonstrado, salientando, ainda, que a carência afetiva não é indenizável diante da impossibilidade de aferição da culpa. APELAÇÃO DESPROVIDA (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Diante desse panorama recente, é recomendado que os pedidos sejam bem formulados, inclusive com a instrução ou realização de prova psicossocial do dano suportado pelo filho, pois é notável que os julgados estão orientados pela afirmação de que não basta a prova da simples ausência de convivência para que caiba a indenização (TARTUCE, 2017). Nesse sentido, o Tribunal de Santa Catarina julgou improcedente o pedido de indenização por abandono afetivo por falta de provas e argumentos que não caracterizem o ato ilícito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR. PRETENDIDA REPARAÇÃO CIVIL AO ARGUMENTO DE QUE AS TESES CONSIGNADAS NA EXORDIAL SÃO SUFICIENTES À DEMONSTRAR O PREJUÍZO SUPOSTO. INSUBSISTÊNCIA. ABSOLUTA AUSÊNCIA DE PROVAS A RESPEITO DO ATO ILÍCITO E DOS SUPOSTOS DANOS, EM AFRONTA AO QUE DISPÕE O ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO [...] A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro [...] (SANTA CATARINA, 2019).

Para que o ofensor sinta o peso do dano que provocou, a indenização deverá ser paga em dinheiro, porém este, *quantum* jamais será suficiente para reparar a perda, pois, na linha de pensamento favorável, o entendimento é de que esse valor é uma forma de minimização da dor (KEITEL e PIRES, 2015).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou o pedido de indenização por danos morais, com o entendimento de que a falta do convívio ou afetividade entre pai e filha não é prova suficiente para uma reparação pecuniária:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.538.078 - SE (2015/0131760-8) [...] Trata-se de recurso especial, interposto por A C C B DE J, com amparo nas alíneas a e c do permissivo constitucional, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe assim ementado (fls. 358/371, e-STJ): Apelação Cível - Ação de Indenização - Abandono Afetivo - Responsabilidade Civil - Não demonstração do dano efetivo apto a ensejar reparação indenizatória - Falta de convívio e/ou afetividade entre pai e filha não é fundamento jurídico para compelir o genitor à reparação pecuniária - Dano Moral e Material não configurados - Precedentes do STJ - Recurso conhecido e improvido - Decisão unânime [...].2. Agravo regimental desprovido. [...] Do exposto, com fundamento no art. 932 do Novo Código de Processo Civil c/c Súmula 568/STJ, nego provimento ao recurso especial (BRASIL, 2018).

Dessa forma, fica evidente que o entendimento jurisprudencial contrário no dever de indenizar sustenta-se no fundamento de que dinheiro algum pode ser compensatório para o amparo da vítima, ainda por afirmar não existir o ato ilícito para a caracterização da responsabilidade civil.

## ■ PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Appolinário (2016, p.22), é uma pesquisa que “prevê, majoritadamente, a coleta dos dados a partir de interações sociais do pesquisador com o fenômeno pesquisado. Além disso, a análise desses dados se daria a partir da hermenêutica do próprio pesquisador”. Neste contexto, a pesquisa qualitativa se molda aos

objetivos da investigação em curso, assegurando dessa forma a interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa foi do tipo bibliográfica. Seja qual for o campo pesquisado, é necessária uma pesquisa bibliográfica que oportuniza um conhecimento prévio da formação que se encontra o assunto (SANTOS e PARRA Filho, 2012). Ainda, para Henriques e Medeiros (2017, p.106), esse tipo de pesquisa “pode constituir-se em única fonte de pesquisa, ou pode constituir-se em fonte auxiliar de pesquisa, caso em que se opta por outras modalidades de pesquisa (estudo de caso, etnográfica, por exemplo), que jamais dispensam a revisão da literatura”. Assim, será do tipo bibliográfica, pois serão analisadas as referências a respeito do assunto em livros, revistas e *internet*.

A pesquisa foi documental. Para Henrique e Medeiros (2017, p.107) esse tipo de pesquisa “inclui: escolha do objeto da pesquisa, objetivo, formulação do problema, identificação das fontes, análise e interpretação dos dados, redação do texto da pesquisa”. Trata-se desse tipo de pesquisa, pois aborda conteúdo legislativo, jurisprudencial e análise de decisões dos Tribunais, para engrandecer a coleta de informações e conseguir maior aprofundamento no estudo.

Adotou-se o método indutivo no contexto das decisões jurisprudenciais, fundamentado na experiência, advindo das observações de casos da realidade.

Para Lakatos e Marconi (2017, p.41) a “indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas”. Esse método tem como forma a abordagem pautada no raciocínio de estudo de jurisprudência, de casos reais e, de decisões diferentes, por ser analisada cada situação de maneira particular.

A pesquisa foi explicativa, sendo que Gil (2008, p.28) diz que esse tipo de pesquisa “aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas. Por isso mesmo é o tipo mais complexo e delicado, já que o risco de cometer erros aumenta consideravelmente”. Ainda, Lakatos e Marconi (2017) enfatizam que a pesquisa explicativa, objetiva “identificar fatores que subjazem à ocorrência de determinados fenômenos”. Desta forma, esta abordagem de pesquisa atende a finalidade em geral do estudo.

## ■ ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Com base no resultado da pesquisa jurisprudencial e doutrinária, depreende-se que atualmente a doutrina defende mais a decisão favorável ao dever de indenizar o abandonado do que os tribunais, motivo este por não ter ainda lei específica sobre o tema, somente projeto de lei, dependendo assim da comprovação caracterizando a violação da responsabilidade civil e do entendimento dos tribunais em analisar cada caso quanto à caracterização do dano moral e responsabilidade civil sofrido pela criança e adolescente. A corrente favorável ao dever de indenizar, sustenta que, muito possivelmente a indenização não será constituída de uma reparação total das consequências causadas, e nem irá proporcionar o afeto não dado, mas, propiciará um amparo, e conforto mínimo (SKAF, 2011). Da posição contrária ao dever de indenizar entende que inexistente o ato ilícito nos casos, pela insuficiência de provas apresentadas do dano e, que a prova da ausência de convivência não basta para a demonstração do abalo afetivo, é necessárias provas psicossociais do dano suportado pelo filho (TARTUCE, 2017).

Existe essa divergência no judiciário na admissão da reparação civil por abandono afetivo. Parte da jurisprudência vem entendendo pela ocorrência da monetização do afeto nos pedidos de indenização por dano afetivo, acarretando a improcedência da ação de indenização, e a outra corrente jurisprudencial tem interpretado que a indenização por dano afetivo não acarreta a monetização do afeto.

Diante desses posicionamentos, pode ser medida justa a monetização em determinados casos (SANTOS, 2008), mas, é possível considerar que não há a monetização do afeto, pois, o

intuito não é em prol do dinheiro, não visa “comprar o amor”, no entanto, o propósito de indenizar, é para compensar ou amenizar os danos causados ao filho (MATOS, 2017), por mais que tenha entendimentos de que valor algum consegue suprir o dano na vida da criança e do adolescente, pode ser usados para tratamentos psicológicos, causado da ausência na formação e desenvolvimento do filho, deixando-os emocionalmente abalados (KEITEL e PIRES, 2015), sendo uma forma também de conscientizar, demonstrando aos pais que devem cumprir as suas obrigações com o filho, e não o fazendo pode haver consequências no futuro da criança e do adolescente.

## ■ CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo atentou-se essencialmente na importância do afeto na vida do ser humano, primordialmente dos pais com os filhos na fase do desenvolvimento da criança e do adolescente, a importância de serem presentes e na ausência desse dever poder afetar a vida do filho, trazendo consequências caóticas.

A Carta magna trouxe com as transformações das famílias, novos valores visando especialmente à proteção das famílias e do direito do filho ao afeto. Consolidou o princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade/parentalidade responsável, da proteção, prioridade absoluta e melhor interesse da criança e do adolescente e da solidariedade familiar, que são primordiais e garantem os direitos e deveres nas relações familiares, oportunizando considerar o afeto como valor jurídico e tutelado constitucionalmente, sob pena de ser condenado a indenizar a vítima se os genitores não concretizarem esse direito individual à criança e ao adolescente. Sendo caracterizado o abandono afetivo decorrente da omissão dos pais ou de um deles, é possível o causador do dano, a sofrer responsabilidade civil e indenização por dano moral, se comprovado o dano, culpa e nexo causal disposto no art. 186 e 927 CC, para compensar os prejuízos causados à vítima.

Como visto o assunto tratado não tem unanimidade nas decisões jurisprudenciais, no entanto, percebe-se que doutrinariamente é defendido em maior parte a decisão favorável ao dever de indenizar e o judiciário tende a analisar cada caso e caracterizar ou não ato ilícito, que no posicionamento contrário ao dever de indenizar, o entendimento são voltados à falta de provas apresentadas para a caracterização do ato ilícito, se há ou não a monetização do afeto nos pedidos, e pela não demonstração do abalo psicológico do filho, sendo provas insuficientes para ser objeto de amparo compensatório. E da admissão positiva ao dever de indenizar, o entendimento, é querer mostrar nas decisões que o intuito da indenização não visa lucro, a chamada “compra do amor”, mas, é para compensar ou amenizar os danos causados ao filho, que ficam emocionalmente abalados, precisando de acompanhamento psicológico causados da ausência dos genitores na formação e desenvolvimento do filho.

Portanto, incumbe ao poder judiciário, apreciar minuciosamente cada caso referente ao assunto e pronunciar sua decisão, deferindo ou indeferindo os pedidos.

Dessa forma, a pesquisa atingiu o seu principal objetivo que foi analisar a monetização do afeto nos pedidos de reparação civil por abandono afetivo.

O abandono afetivo resulta em um dano à moral do indivíduo ocasionando ofensa ao ser humano e ao seu direito de personalidade, que acontece inicialmente dentro do convívio familiar, onde o causador do dano é obrigado a indenizar e sofrer a responsabilidade civil para de alguma forma compensar os prejuízos causados à vítima, mas, é analisada pelo judiciário a possibilidade de ser ou não responsabilizado.

Ademais, é um assunto muito pertinente, pois, todos são filhos, podendo um dia ser pais de alguém, sendo essencial mostrar a importância da afetividade dos pais na vida dos filhos, e abranger também consequências que podem acarretar a vida da criança e do adolescente na falta dessa afetividade, se tem alguma forma de compensar essa falta, ou punir os pais que deixam de cumprir com as obrigações. Diante disso, dada a importância da temática, esse trabalho não

esgotou o assunto, assim, deve ser alvo de novas pesquisas e movimentos na Universidade para discussão do tema pelos acadêmicos e continue sendo pesquisado na academia.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. **Revista CEJ**, Brasília, n.33, p.43-53, 2006. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114745/abandono\\_afetivo\\_consideracoes\\_angeluci.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114745/abandono_afetivo_consideracoes_angeluci.pdf)>. Acesso em mar. 2019.

APPOLINÁRIO, Fábio. **Metodologia científica**. São Paulo: Cengage, 2016.

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **Responsabilidade civil no direito de família**: da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/22\\_11\\_2011%20Afetividade.pdf](http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRAGA, Denise Menezes. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**, 2011. Monografia (Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito) - Universidade do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. **Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 1º jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm#art1806](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art1806)>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. **Lei no 8.069 de 13 de julho de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 out. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação nº 0001658-85.2014.8.24.0079**. Relator: Desembargador Joel Figueira Júnior. Pesquisa do Processo, segundo grau, 19 de out. 2017. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAEpd7AAI&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAEpd7AAI&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 15 de abr. 2018.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FISCHER, Ana Paula Berlatto Fão. **A tutela jurídica do afeto na filiação e o dever de indenizar**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-tutela-juridica-do-afetona-filiacao-e-o-dever-de-indenizar,589957.html>>. Acesso em 27 mar. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 7 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARROT, Tamis Schons; KEITEL, Ângela Simone Pires. **Abandono afetivo e a obrigação de indenizar**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 26 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1048/Abandono+afetivo+e+a+obriga%C3%A7%C3%A3o+de+indenizar>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

GIL, Antônio Carlos. **Método e técnicas de pesquisa social**. 6 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

GOMES, Fernando Roggia. A responsabilidade Civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. **Revista da esmesc**, Florianópolis, v. 18, n.24, p. 291-320, jan. 2011.



GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9 ed. V.6. São Paulo: Saraiva, 2012.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LOMEU, Leandro Soares. Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação. **IBDFAM**, Belo Horizonte, dez. 2009. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/222.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/222.pdf)>. Acesso em: fev. 2019.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

MATOS, Lorena Araujo. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: **Âmbito jurídico**, Rio Grande, jun. 2017. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19057&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057&revista_caderno=14)>. Acesso em: jan. 2019.

NEVES, Rodrigo dos Santos. Responsabilidade civil por abandono afetivo. **Revista síntese direito de família**, Porto Alegre, v. 14, n. 73, p. 96-108, set. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

REIS, Júnia Fraga. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: o verdadeiro valor do afeto na relação entre pais e filhos**, 2010. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito) - Universidade Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul, 2002. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_1/junia\\_reis.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/junia_reis.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2019.

SANTOS, João Almeida; PARRA Filho, Domingos. **Metodologia científica**. 2 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SANTOS, Solainy Beltrão dos. “A monetarização do amor”: indenização por dano moral em decorrência de abandono afetivo nas relações de filiação. **Lato & Sensu (Belém)**, Belém, v. 9, n.2, p. 79-89, nov. 2008.

SKAF, Samira. **Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo - filial**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 21 set. 2011. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021\\_09\\_2011.pdf](http://ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 30 ago. 2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1232/Da+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprud%C3%A2ncia+brasileira>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 13 ed. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

XIMENES, Dibiss Cassimiro; SILVA, Juliana Paiva Vieira da; MENDES, Emília Davi; DIAS, Luana da Silva; MORAES, Betânia Moreira de. **O abandono afetivo paternal e sua inobservância ao atual ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Karin/Downloads/12-36-1-SM%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Karin/Downloads/12-36-1-SM%20(5).pdf)>. Acesso em: 12 set. 2018.

ZANOLLA, Raquel; VIECILI, Mariza. **A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo**. Revista eletrônica de iniciação científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 625-645, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <<https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1011/Arquivo%2033.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.



# EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO ENSINO SUPERIOR: O DESAFIO DO ATENDIMENTO JURÍDICO AOS IMIGRANTES HAITIANOS REALIZADO PELO EMAJ

Kawanna Alano Soares<sup>50</sup>  
Alessandra Lopes dos Santos<sup>51</sup>  
Sirlei de Souza<sup>52</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca compreender como ocorre a assistência jurídica prestada pelo Escritório Modelo de Atendimento Jurídico – EMAJ da Universidade da Região de Joinville (Univille) aos imigrantes haitianos e em que medida tal atendimento pode promover Educação em Direitos Humanos. Migrações transnacionais contemporâneas estão em foco devido aos enormes impactos sociais, culturais, políticos, econômicos e ideológicos que estas resultam seja no território nacional ou internacional. Nos últimos séculos houve no Brasil diversos movimentos migratórios, forçados ou não, que contribuíram para o que somos hoje: um país de diversidade étnica e que encontra dificuldades para dialogar com tamanha riqueza cultural. Ocorre que, desde 2010, o país fora inserido como uma das rotas de migração transnacional, sendo um dos grandes destinos dos imigrantes haitianos. Nesse processo a cidade de Joinville tornou-se uma das escolhidas, por ser considerado um município industrial e com muitas oportunidades de emprego. Então, desde 2017 o EMAJ tem realizado atendimentos jurídicos aos imigrantes, provenientes de Convênio firmado com a Polícia Federal. A pesquisa terá abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica, e quantitativa, por intermédio da análise da base de dados de atendimento do EMAJ – sendo esta a continuação do artigo apresentado na SADU de 2018. Visando analisar o método de atendimento e como este promove e se promove educação em direitos humanos tanto para o acadêmico envolvido quando para o imigrante atendido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação em Direitos Humanos. Imigrantes. Haitianos. Atendimento Jurídico.

## ■ INTRODUÇÃO

A migração é o movimento realizado por uma pessoa ou grupo de indivíduos, de entrada e/ou saída de determinado local para outro, com caráter temporário ou permanente. Historicamente o sujeito migra quando o local onde se encontra não fornece os meios adequados para a sua sobrevivência, os motivadores de uma mudança brusca de nacionalidade detêm em suas raízes situações como a carência de meios de sobrevivência, desastres naturais e a impossibilidade política ou estrutural de permanecer em seu país de origem.

Conforme a definição do Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH), migrar é o “movimento de pessoas, grupos ou povos de um lugar para outro” e ainda a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo XIII inciso 2 (1948) ressalta que: “toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.”

O Brasil fora inserido mais uma vez na dinâmica migratória internacional, tanto como destino

<sup>50</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: kawannaalano@gmail.com

<sup>51</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Email: ale.apamal@gmail.com.

<sup>52</sup> Professora Adjunta da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, nos cursos de Direito, Enfermagem, Naturologia e História. Dra em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

final ou como rota migratória no século XXI, dentre outros fatores, devido às políticas restritivas de imigração em países como Estados Unidos, França e Canadá. Também outros fatores estruturais corroboraram com este acontecimento – como a que ocorreu especialmente nas missões da ONU no Haiti em que houve grande representação brasileira por intermédio de seus soldados (BAENINGER, 2016).

Nesse contexto, em 2010 houve grande aumento do fluxo de imigração de haitianos devido à catástrofe que assolou o seu território<sup>53</sup>. O Brasil tornou-se uma das possibilidades de destino, seja pelas políticas de governo que à época facilitaram a entrada e permanência dos imigrantes, seja pela situação econômica de estabilidade que o Brasil apresentava naquele momento.

Nesse cenário, o município de Joinville (SC) se destacou no recebimento de imigrantes haitianos, um dos fatores para esse destaque está relacionado ao fato de ser uma cidade industrial e fornecer possibilidades de emprego ao imigrante.

Cumprindo seu papel Comunitário de atender a comunidade de Joinville e Região, A Universidade da Região de Joinville (Univille) firmou Convênio com a Polícia Federal, em 2017, para auxiliar no acolhimento do imigrante durante o processo para obtenção de documentação brasileira, sendo assim o imigrante ao chegar em Joinville é encaminhado pela Polícia Federal para a Universidade, ela organiza os documentos essenciais e subsidia com outras informações pertinentes para a obtenção da documentação de permanência no Brasil, entre outras demandas.

A efetivação desse Convênio coube ao O Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ) da Univille, local onde o acadêmico é apresentado à prática do exercício da advocacia. Nossa questão de pesquisa se localiza justamente na efetivação dessa prática jurídica como possibilidade de uma efetiva Educação em Direitos Humanos, tanto para o acadêmico envolvido quando para o imigrante atendido.

Segundo Lapa (2014), esta educação deve buscar informação e fornecer conhecimento sobre os direitos, de tal forma que este conhecimento possibilite a reivindicação para si de uma vida com qualidade, sem opressão, exclusão ou discriminação.

A presente reflexão tem também como objetivo auxiliar na melhoria do atendimento do Escritório Modelo de Assistência Jurídica da Univille, podendo compreender quais as diferenças do atendimento fornecido em comparação com a análise realizada em 2018, no artigo publicado na III Semana Acadêmica de Direito - SADU.

## ■ 1. O PROCESSO MIGRATÓRIO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Os detentores dos direitos humanos - conforme explica o artigo II, parágrafo 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – são todos os seres humanos independentemente de sexo, nacionalidade, etnia, raça, idioma, religião, deficiência ou qualquer outra condição. O instrumento supracitado fundamenta o direito à nacionalidade em seu artigo 15º, onde declara:

Artigo XV

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade. (ONU, DUDH, 1948)

Ocorre que, cada Estado detém o poder de delimitar como desenvolver-se-á os direitos em seu território, com base no princípio da autonomia estatal. E esta capacidade de delimitar as formas de obtenção da nacionalidade não consta como arbitrariedade e ressalta-se que, se respeitado os princípios e normas internacionais que o país promulgou, a negação de tal não é considerada privação arbitrária.

<sup>53</sup> Vide as seguintes notícias publicadas pelo G1, publicada em 14/01/2010, disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1446514-5602,00-COBERTURA+COMPLETA+TERREMOTO+NO+HAITI.html> e pela BBC em 16/01/2010, disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/01/100116\\_haiti\\_onu\\_desastre\\_np](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/01/100116_haiti_onu_desastre_np).

O Brasil foi constituído por imigrantes, desde a chegada dos portugueses, franceses, japoneses, italianos, alemães e, inclusive, os escravos. Devido ao tráfego de escravos africanos, entraram no país cerca de 3 milhões de negros entre o período de 1550 a 1850 (BAENINGER, 2016).

Sobrevém que, o preconceito com os negros existe desde os primórdios, conforme Stuart Hall (2016), os africanos eram associados com o personagem bíblico Cam, pré-concebidos como amaldiçoados e aqueles que deveriam ser para sempre servos de seus irmãos – sendo este um dos pilares para apoio do discurso pró-escravidão.

Historicamente todo um grupo de pessoas fora limitado a um objeto que poderia ser usado e descartado, a nem sequer ser um sujeito de direitos, não surpreende o fato de os negros terem mais dificuldade de exercer o direito à cidadania do que qualquer outra etnia.

Em setembro de 2010, conforme declara Assis (2016, p. 210), os haitianos iniciaram o processo migratório ao país, perpassando pelas cidades fronteiriças de Brasília e Tabatinga. Rapidamente sendo vistos como um ‘problema’ que desembocou na Resolução Normativa Específica da CNIg – Conselho Nacional de Imigração, este estabeleceu cotas para a entrada de uma nacionalidade ao país pela primeira vez após a Segunda Guerra Mundial. Esta Resolução Normativa instituiu o visto humanitário - que teve a sua validade de janeiro de 2012 a janeiro de 2014.

Existia há algum tempo políticas migratórias seletivas e tendenciosas para grupos específicos, como por exemplo em 1908 os japoneses vieram para o Brasil quando terminou o debate sobre assimilação e o fato oposto ocorreu com os imigrantes negros advindos dos Estados Unidos que não conseguiram ingressar no país (ASSIS, 2016, p. 212 e 213).

O modo com o qual o Estado trata o imigrante varia conforme os anos, na legislação pátria atual, Lei de Migração nº 13.445, de 24 de maio de 2017<sup>54</sup> o estrangeiro deixou de ser visto como uma ameaça (SOUZA, 2019).

Carvalho (2017) problematizou sobre a Lei de Migração, os objetivos de desenvolvimento sustentável por ela desejados e as consequências no âmbito jurídico. Os processos migratórios buscam uma estratégia de sobrevivência de populações que se viram obrigadas a sair de sua terra de origem e migrar para um local desconhecido – os motivadores são, em regra, pela impossibilidade de permanecer na terra natal por não existir meios de sustento ou condições mínimas de vida.

Atualmente a onda de migrações que permeia o globo e também o Brasil é reflexo do processo de globalização econômica, pois estes migrantes, em sua grande parte são trabalhadores e respondem pela internacionalização do mercado de trabalho. O capitalismo é um sistema que oprime os países e cidadãos, pois ao mesmo tempo que obriga a seus países a abrirem suas fronteiras em relação a circulação de bens, com vistas a facilitar a liberdade de capital mas, por outro lado, dificulta a entrada de mão-de-obra para trabalhar, ou seja, o capital pressupõe para geração de lucros de grandes empresas a abertura irrestrita e as nações coíbem e dificultam a entrada de pessoas até mesmo como resposta à sua demanda interna. (CARVALHO, 2017, p. 75 e 76)

Uma das hipóteses mais difundidas entre os estudiosos de migração e transnacionalismo político expõe que, quando grandes massas de imigrantes alcançam um certo peso na sociedade receptora se tornam enclaves territoriais e conseguem difundir as suas capacidades políticas,

<sup>54</sup> A Lei n.º 13.445, em seu Artigo 3º, diz: “A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; III - não criminalização da migração” (BRASIL, 2017).

sociais, econômicas e culturais, transformando assim o seu papel perante a sociedade anfitriã de forma inclusiva e autônoma (BRAZÁN, 2004)<sup>55</sup>.

Desta forma é de suma importância a análise sobre como está se desenvolvendo o atendimento com o imigrante, que teve o seu processo de obtenção da documentação modificado pela Legislação de Migração atual.

## ■ 2. O ATENDIMENTO JURÍDICO COM O IMIGRANTE NO ESCRITÓRIO MODELO DA UNIVILLE: OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

O Escritório Modelo é um espaço para o desenvolvimento da prática jurídica onde os acadêmicos do curso de Direito da Univille podem cumprir parte do estágio obrigatório desenvolvendo atividades de consultoria, preparação de peças processuais, ajuizamento e acompanhamento dos processos. É o âmbito onde se coloca em prática a teoria, como descrito no Projeto Pedagógico do Curso de Direito (2015, p 140).

Onde é esperada a atuação na área, sendo de suma importância viabilizar reflexão acerca de si mesmo e sobre as constantes alterações à ordem social e instrumentos de manejo jurídico. Espera a formação de operadores do Direito comprometidos para responder aos desafios sociais, bem como às necessidades emergentes de novas áreas jurídicas, conforme declara o objetivo do EMAJ.

Em 2017, a Polícia Federal, com intuito de otimizar os serviços para a população imigrante firmou o Acordo de Cooperação Técnica 3292674-SEI/PF, permitindo que a Univille utilizasse seu escritório para atendimento aos imigrantes e realização de cursos, palestras, projetos e eventos científicos na Instituição - estando em conformidade com a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017:

Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:

[.] c) acolhida humanitária;

[.] § 3o O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

No relato realizado do artigo intitulado “A Imigração e os Desafios da Regularização Jurídica: a experiência do Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ) da Univille”<sup>56</sup>, os maiores obstáculos apontadas pelos integrantes do escritório era a dificuldade de compreensão linguística e a obtenção de todos os documentos necessários para a regularização da documentação brasileira.

A base de dados utilizada para pesquisa naquele momento se apresentava com uma certa inconsistência e havia algumas lacunas em seu preenchimento dificultando a apuração do perfil do imigrante. Uma das hipóteses levantadas à época da discussão (SADU, 2018) era o fato de não

<sup>55</sup> Texto traduzido do espanhol, original versa: “Una de las hipótesis centrales más difundidas sobre los estudios de migración y transnacionalismo político, sostiene que cuando las redes sociales de los inmigrantes alcanzan cierta densidad en la sociedad receptora, estas se cristalizan en enclaves territoriales, creándose un espacio en donde los inmigrantes despliegan sus capacidades políticas, culturales, sociales y económicas, con la finalidad de tener una mayor inclusión y autonomía en la sociedad receptora (Faist, 1998, y Portes 1986 y 2004).” BRAZÁN, José Carlos Luque. *Transnacionalismo y enclave territorial étnico en la configuración de la ciudadanía de los inmigrantes peruanos en Santiago de Chile*. Publicado na **Revista Enfoques**, v. 2, n. 3 (2004), p. 82. Disponível em: <http://revistaenfoques.cl/index.php/revista-uno/article/view/274>. Acesso em: 12 set. 2019.

<sup>56</sup> Publicado nos Anais da III Semana Acadêmica de Direito da Univille, tendo como autoras Ana Clara Perrony Fernandes, Kawanna Alano Soares e Sirlei de Souza; apresentado no Grupo de Trabalho 7 - Imigração.

existir um padrão no atendimento e a possibilidade de no dia-a-dia, cada estudante que recebia o imigrante preencher o formulário como considerava mais pertinente. Com a reanálise dos documentos do escritório pretende-se vislumbrar como está a continuidade do serviço fornecido pelo EMAJ e quais alterações ocorreram no último ano.

### ■ 3. METODOLOGIA

A origem da pesquisa em questão advém da necessidade da análise da continuidade no processo de acolhimento, realizado pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica da Univille, aos imigrantes durante o processo de requisição da documentação.

Tratando-se da pesquisa quantitativa, realizou-se a quantificação e organização das informações fornecidas pelo EMAJ, por intermédio da sistematização da análise dos formulários preenchidos conforme o imigrante é atendido. Retirando as informações pertinentes, preenchendo a uma planilha e então formulando gráficos – recebendo o tratamento estatístico adequado.

Ocorre que, ao realizar a análise dos formulários fornecidos, pôde-se perceber que havia algumas lacunas no preenchimento devido ao fato de não ser uma única pessoa responsável por este ato - não havendo desta forma um tratamento uniforme com a documentação, gerando dificuldades na análise do material empírico.

### ■ 4. DOS DADOS COLETADOS

De 2012 a 2018 os maiores índices de imigração para o Brasil, variam entre haitianos, bolivianos e venezuelanos, sendo que em 2018 a porcentagem de venezuelanos era maior conforme informou o Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais<sup>57</sup>.

Na análise dos documentos quantificou-se o atendimento de 145 imigrantes, do período de 2017 a agosto de 2019, em sua maioria de gênero masculino<sup>58</sup> e dentre todas as nacionalidades a de maior índice era a haitiana – computando o número de 126 ao total.

De cunho geral, o índice de escolaridade é variado, existindo uma grande lacuna ante as informações sobre a condição do estudo do imigrante:

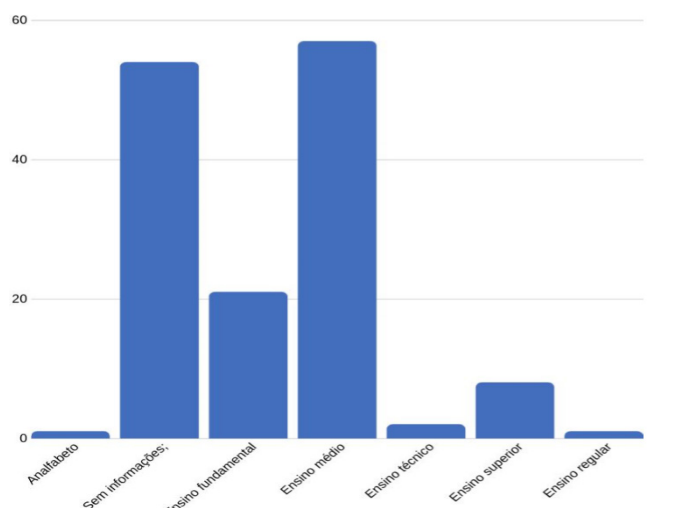


Gráfico pessoal. Dados gerais dos imigrantes atendidos pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica da Univille. Nível de escolaridade. Compreende os dados do período de 2017 à agosto de 2019.

<sup>57</sup> Vide notícia do Ministério da Justiça e Segurança Pública intitulada “**Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018**”. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em: 27 nov. 2019.

<sup>58</sup> Conforme consta o base de dados do EMAJ foram atendidos 83 homens, 58 mulheres e 4 pessoas com o gênero indeterminado (EMAJ, agosto de 2019).



Ainda, dentre outros serviços prestados, o EMAJ auxiliou os imigrantes atendidos principalmente sobre as matérias pertinentes ao pedido de refúgio e acolhida humanitária.

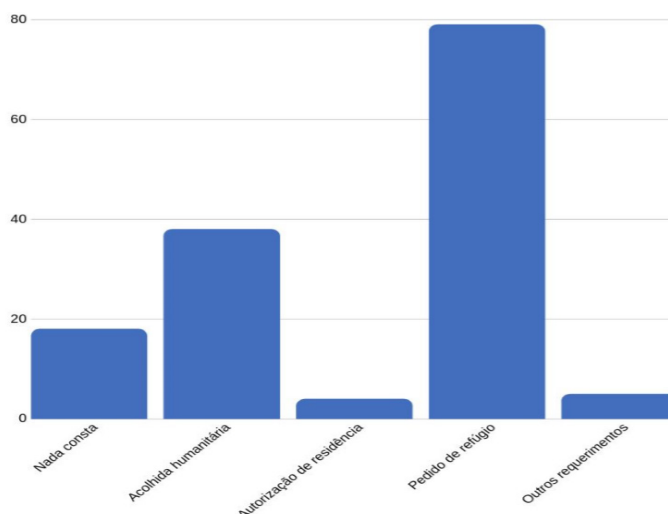


Gráfico pessoal. Dados gerais dos imigrantes atendidos pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica da Univille. Serviços prestados pelo EMAJ. Compreende os dados do período de 2017 à agosto de 2019.

Ao realizar um recorte específico, com apenas os indivíduos de nacionalidade haitiana, notou-se que o maior índice de procura ao EMAJ fora em 2018, totalizando 75 imigrantes, e o segundo maior sendo de 18 imigrantes no ano de 2019 - ressalta-se que o período compreende apenas os oito meses iniciais do ano e que até a conclusão deste o número possivelmente terá alterado. Os serviços prestados pelo escritório foram no total de 35 para auxílio de obtenção da acolhida humanitária, 70 pedidos de refúgios e dentre outros.

## ■ CONCLUSÃO

Considerando-se os resultados obtidos no trabalho anterior (SADU, 2018) a situação do atendimento jurídico do Escritório Modelo de Assistência Jurídica da Univille não se encontra distinto do analisado naquele momento. Constatamos que, pelas inconsistências encontradas na base de dados, há uma dificuldade no diálogo entre o estudante e o imigrante. Essa dificuldade pode estar ligada às dificuldades de compreensão da língua de origem do imigrante, indicando que o atendimento ocorrido talvez se restrinja ao procedimento protocolar sem uma maior interação entre os atores em questão. Dessa forma, podemos concluir que há espaço para um aprofundamento no modelo de atendimento cidadão em direção à uma educação em Direitos Humanos.

Os desafios permanecem sobre qual a melhor forma para a acolhida desse imigrante, visando diminuir as barreiras linguísticas, criando uma empatia entre o imigrante e o estudante e melhorando a sistematização desses atendimentos de forma a gerar dados e informações para produzir reflexões em torno do processo migratório em Joinville (SC).

Nessa perspectiva ainda, inserir ações de promoção de Direitos Humanos na futura Clínica de Migração para desenvolver a cada semestre rodas de conversa com os imigrantes já atendidos pelo EMAJ, para acompanhar os desdobramentos do atendimento jurídico realizado pela Univille.

Ressalta-se que, em agosto de 2019, ocorreu a exposição do projeto intitulado “Os imigrantes haitianos e as possíveis ações de uma Clínica Jurídica Especializada em Imigração no Brasil” no I Congresso de Clínicas Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Peru – PUCP, onde pôde-se explanar sobre as possíveis vertentes e atividades de uma Clínica voltada especialmente aos imigrantes em Joinville (SC).

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAENINGER, Rosana; *et al.* **Imigração Haitiana no Brasil**. 1. ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Imigração. Brasília, DF, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acesso em: 08 out. 2019.

BRAZÁN, José Carlos Luque. *Transnacionalismo y enclave territorial étnico en la configuración de la ciudadanía de los inmigrantes peruanos en Santiago de Chile*. Publicado na **Revista Enfoques**, v. 2, n. 3 (2004). Disponível em: <http://revistaenfoques.cl/index.php/revista-uno/article/view/274>. Acesso em: 12 set. 2019.

CARVALHO, Rogério do Nascimento. A Lei de Migração, os objetivos de desenvolvimento sustentável e as consequências do cotidiano jurídico nacional. Publicado em 2017, na **Revista Diplomate** – A revista da academia nacional de estudos transnacionais; página 67. Disponível em: [http://www.revista.portalanet.com/wp-content/uploads/2016/04/Rev.-Diplomate-v-5-n-3-jul\\_dez-2017.pdf#page=67](http://www.revista.portalanet.com/wp-content/uploads/2016/04/Rev.-Diplomate-v-5-n-3-jul_dez-2017.pdf#page=67). Acesso em: 12 set. 2019.

GOVERNO FEDERAL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, matéria “**Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018**”. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em: 27 nov. 2019.

LAPA, Fernanda Brandão. **Clínica de Direitos Humanos: uma proposta metodológica para a educação jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

HALL, Stuart. **Cultura e Representação**. Tradução por: OLIVEIRA, William; MIRANDA, Daniel — Editorial: PUC-Rio: Apicuri. Rio de Janeiro, Brasil Ano: 2016. Disponível em: <https://tonaniblog.files.wordpress.com/2018/08/cultura-e-representac3a7c3a3o.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

MARCONI, Marina Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2019, 8º ed. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010770/>. Acesso em: 29 out. 2019.

ONU. Assembleia Geral da Onu. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nações Unidas, 217 (III) A, 1948, Paris. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 01 out. 2019.

SODRÉ, Muniz. **Claros e Escuros: identidade, povo, mídia e cotas no Brasil**. 3. ed. atual. e ampl. - Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

SOUZA, Sirlei de. **Narrativas Imigrantes: tramas comunicacionais e tensões da imigração haitiana em Joinville/SC (2010-2016)**. Rio de Janeiro, 2019. Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: [http://www.pos.eco.ufrj.br/site/teses\\_dissertacoes\\_interna.php?tease=20](http://www.pos.eco.ufrj.br/site/teses_dissertacoes_interna.php?tease=20). Acesso em 10 set. 2019.

UNIVILLE. Universidade da Região de Joinville. Pró-reitora de Ensino. **Projeto Pedagógico do Curso de Direito**. Joinville, SC, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/PPC\_Direito\_SBS\_2015.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

# CERTIFICAÇÃO QUILOMBOLA: O CASO DO BECO DO CAMINHO CURTO COMO UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS

Lucas Sommerfeld<sup>59</sup>  
 Pablo Alexandre Mendes Nunes<sup>60</sup>  
 Sirlei de Souza<sup>61</sup>

**RESUMO:** A presente comunicação analisa a recente conquista da certificação quilombola para a comunidade Beco do Caminho Curto, localizada na cidade de Joinville, Santa Catarina. Com base na vivência de extensão universitária, em pesquisas bibliográficas e análise dos dispositivos legais, propõe-se desenvolver um estudo relacionado aos avanços dos Direitos Humanos e da justiça social no que se refere às populações afrodescendentes no Brasil, com intuito de compreender as ressignificações contemporâneas atribuídas às comunidades Quilombolas, bem como o papel que esse reconhecimento passa a ter no fortalecimento da identidade de seus moradores. Ademais, procura problematizar as dificuldades da comunidade em adquirir direitos básicos, como saneamento, educação, transporte público, saúde e, analisar em que medida, a certificação contribui para a melhoria das condições concretas da comunidade. Com a pesquisa ainda em desenvolvimento, pode-se concluir, que é de fundamental importância o trabalho desenvolvido pela universidade e seus parceiros como forma de promover junto a comunidade, e a sociedade joinvilense, ações de sensibilização e de políticas públicas, para que o reconhecimento como Quilombola ultrapasse o ato formal e avance de fato na conquista de Direitos Humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Comunidade Quilombola. Educação.

## ■ INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto das reflexões realizadas durante um projeto de extensão desenvolvido pela Universidade da Região de Joinville (Univille)<sup>62</sup> - e visa refletir sobre a importância da certificação quilombola para a comunidade Beco do Caminho Curto, bem como os avanços dos Direitos Humanos e da justiça social que a comunidade passa a ter com a referida conquista.

A Universidade da Região de Joinville (Univille) é reconhecida nacionalmente por ser uma universidade comunitária, onde o ensino, a pesquisa e a extensão caminham lado a lado para promover uma formação humanizada e cidadã, conforme cita o Estatuto da Univille (2016, p.6)

Art. 5.º A Univille tem como finalidade promover e apoiar a educação e a produção da ciência por meio do ensino, da pesquisa e da extensão, contribuindo para a sólida formação humanística e profissional, objetivando a melhoria da qualidade de vida da sociedade.

Nesta perspectiva, a extensão universitária tem sido um dos caminhos trilhados pela Universidade para proporcionar aos estudantes conhecer realidades distintas daquelas vividas até então e, vivenciar na prática, momentos de sensibilização, de solidariedade e de discussões e reflexões política acerca da realidade local.

<sup>59</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

<sup>60</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

<sup>61</sup> Professora Adjunta da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, nos cursos de Direito, Enfermagem, Naturologia e História. Dra em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

<sup>62</sup> O Projeto Integrada de Ensino, Pesquisa e Extensão foi aprovado em fevereiro de 2018, com duração de 2 anos. É mantido pelos fundos de Apoio ao Ensino (FAEG), Pesquisa (FAP) e Extensão (FAEX) da Univille. O projeto envolve hoje 8 cursos, com 5 professores, 4 alunos bolsistas e aproximadamente 30 alunos voluntários.

Nesse sentido, desenvolveu-se o projeto de extensão junto a Comunidade Beco do Caminho Curto e as reflexões que ora apresentamos visam discutir os avanços dos Direitos Humanos e da justiça social no que se refere às populações afrodescendentes no Brasil, com intuito de compreender as ressignificações contemporâneas atribuídas às comunidades Quilombolas, bem como o papel que esse reconhecimento passa a ter no fortalecimento da identidade dos moradores da comunidade Beco do Caminho Curto, localizada no bairro Pirabeiraba, na cidade de Joinville. No mais, realiza-se também, uma análise legal para compreender como a ressignificação de comunidade quilombola contribui para os avanços nos direitos adquiridos pelos moradores e em que medida esses direitos poderão auxiliar no desenvolvimento da comunidade.

## ■ 1. DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL

Inicialmente, é preciso definir o significado de direitos humanos e suas implicações, pois os direitos humanos foram representados de diversas formas durante diferentes momentos na história da sociedade moderna, é preciso diferenciar os chamados direitos humanos liberal-burgueses do séc XVIII das novas concepções no século XXI. (WOLKMER, 2006 p.123)

Outrora, os direitos humanos serviram como forma de resistência aos abusos estatais e das garantias e liberdades individuais, assumiram uma forma abstrata, bem como, limitou sua legitimidade ao poder estatal numa concepção monista do Direito. Como reconhece Boaventura de Sousa Santos (apud WOLKMER, 2006 p.123), “a concepção moderna dos direitos humanos apresenta limites inegáveis. O primeiro argumento reside no fato de que os direitos humanos confinaram-se ao direito estatal, limitando “muito o seu impacto democratizador”

Frente ao processo de globalização neoliberal, desenvolve-se uma nova concepção de direitos humanos, não mais determinado pela “a natureza individualista, essencialista, estatista e formalista dos direitos” (HERRERA FLORES apud WOLKMER, 2006 p.123)

“Se, tradicionalmente, a agenda de Direitos Humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos [...], testemunha-se, atualmente, a ampliação dessa agenda tradicional, que passa a incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais [...]” (PIOVESAN apud WOLKMER, 2006 p.124)

Entende-se Direitos Humanos na concepção de cidadania como “reconhecimento da diferença e na criação de políticas sociais voltadas para a redução das desigualdades, a redistribuição de recursos e a inclusão” (SANTOS apud WOLKMER, 2006 p.124)

“A luta pelos direitos humanos é tarefa coletiva que requer que o Estado e o sistema jurídico reconheçam as identidades grupais de populações minoritárias, tradicionalmente marginalizadas e excluídas.” (STAVENHAGEN apud WOLKMER, 2006 p.124)

## ■ 2. QUESTÃO DAS POPULAÇÕES AFRODESCENDENTES NO BRASIL E O DIREITO QUILOMBOLA NO BRASIL

O Brasil foi o último país americano a acabar com a escravidão, esta vigorou por mais de trezentos anos, e mesmo com influência e pressão de outros países tanto quanto o próprio movimento abolicionista brasileiro não puderam antecipar tal feito antes de 13 de maio de 1888. (FIABANI, 2008)

A escravidão era a principal fonte do sistema econômico na época, dessa forma, os escravos não possuíam condições de reivindicar sua liberdade, houve muitas fugas próximo ao fim da escravidão, e em conjunto com o movimento abolicionista e a pressão que a sociedade exerceu foi possível a abolição (CUNHA; ALBANO, 2017)

Entretanto, uma vez sendo abolida a escravidão não haveria mais a necessidade dos quilombos, que em sua etnologia quer dizer acampamento guerreiro na floresta, foi o local onde

escravos se juntavam resistindo ao sistema escravista, o mais conhecido foi o Quilombo dos Palmares. (LEITE, 2008)

Porém, muitos escravos que haviam escapado permaneceram no mesmo local e com o tempo se tornaram, em sua maioria, comunidades negras com terras de uso coletivo, que sobreviveram mesmo com conflitos e invasões de terras. (FIABANI, 2008)

A situação das chamadas comunidades negra rurais não teve relevância nas pesquisas no meio acadêmico, apenas após a constituição de 1988 é que se evidenciou essa realidade desconhecida do brasileiro e da academia. (FIABANI, 2008)

A realidade social do negro no Brasil não sofreu grandes mudanças mesmo com o alcance da sua liberdade, pois a herança escravista ainda está presente, o racismo se solidifica resultado de uma construção histórica de marginalização e exclusão do Negro, tal fato, se revela na vinda dos imigrantes europeus como mão de obra substituta bloqueando a inserção negra no trabalho livre reafirmando as desigualdades sociais. (MADEIRA; GOMES, 2018)

Houve algumas tentativas de organização do movimento negro, reivindicando direitos básicos como trabalho, moradia, educação entre outros, entretanto, foram duramente reprimidos durante os governos militares, resultando em perdas de suas terras com violação de seus direitos. (FIABANI, 2008)

Após a ditadura, iniciaram os debates sobre a criação de uma nova constituição, por parte de grupos e movimentos que lutaram pela redemocratização incluindo o movimento negro que teve grande participação, e por meio destes grupos, foram debatidos alguns temas importantes incluindo o patrimônio cultural brasileiro e a questão dos quilombos resultando no artigo 68 dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias. (LEITE, 2008)

Entretanto, esse dispositivo legal acabou por excluir muitas comunidades negras rurais por não se originarem diretamente de ex escravos ou serem descendentes diretos de um grande quilombo, levando a uma nova discussão do termo quilombola, abrindo a possibilidade para que muitas outras comunidades pudessem ser entendidas e enquadradas como remanescentes de quilombo. (FIABANI, 2008)

Até a constituinte e o Art. 68, as comunidades negras e seus moradores não se pensavam como quilombolas e muitos não sabiam o que era um quilombo, após os debates do termo e o contato com o movimento negro, antropólogos e historiadores é que muitas comunidades passaram a se identificar como quilombola. (FIABANI, 2008)

Portanto, em um processo de ressignificação, o remanescente de quilombo toma novos significados, tomando o passado para a construção de uma nova identidade, atualmente são moradores de comunidades negras que resistiram ao longo do tempo, apesar das dificuldades trazidas pelo desdobramento da escravidão, conforme Fiabani (2008, p. 14) “Se no passado o cativo resistiu ao cativo e lutou para ser livre, hoje o quilombola luta pelo direito à cidadania”

Com isso, a questão dos direitos adquiridos pelas comunidades quilombolas foi grande passo na evolução dos Direitos Humanos no Brasil. A Constituição Federal de 1988 garante, em seu artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aos remanescentes das comunidades quilombolas, a titulação de suas terras que estejam ocupando e o reconhecimento de propriedade definitiva.

A partir do reconhecimento das terras ocupadas, a população quilombola começa a ser ouvida, pois assim, o Estado promove diversos outros direitos que são conectados com a titulação da terra, como o direito ao saneamento básico, a água potável, educação, saúde, infraestrutura e inúmeras outras políticas públicas.

Por fim, o título de comunidade quilombola também assegura à comunidade o direito de permanência na terra de seus antepassados, resguardando assim, do interesse de terceiros em comprar ou alienar de alguma maneira aquilo que pertence aos remanescentes de quilombos como dívida histórica pela escravidão.



Segundo o §4º do art. 3º do Decreto de número 4.887, de 20 de novembro de 2003, é competência da Fundação Cultural Palmares (FCP) a emissão de certidão das comunidades quilombolas e sua inscrição em cadastro geral

A Fundação Cultural Palmares esclarece em seu endereço eletrônico que: “não certifica essas comunidades a partir de um trabalho de conferência de quem é ou não quilombola, mas, sim, respeitando o direito à autodefinição preconizado pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), certifica aquelas comunidades que assim se declaram.”<sup>63</sup>

Os documentos obrigatórios para o processo de certificação quilombola estão descritos na Portaria FCP nº 98, de 26 de novembro de 2007 que são: ata de reunião específica para tratar do tema de Auto declaração, se a comunidade não possuir associação constituída, ou ata de assembleia, se a associação já estiver formalizada, seguida da assinatura da maioria de seus membros; breve relato histórico da comunidade (em geral, esses documentos apresentam entre 2 e 5 páginas), contando como ela foi formada, quais são seus principais troncos familiares, suas manifestações culturais tradicionais, atividades produtivas, festejos, religiosidade, etc.; e um requerimento de certificação endereçado à presidência da Fundação Cultural Palmares. Outros documentos podem ser agregados, a critério da comunidade solicitantes, como fotos, registros de nascimento e óbito, títulos de propriedade ou posse, pesquisas e reportagens.

Após isso, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, que por conta do Decreto nº. 4.887, de 2003, é a autarquia competente, na esfera federal para realizar a titulação dos territórios quilombolas, deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos<sup>64</sup>.

O primeiro passo do INCRA é receber a certidão de auto reconhecimento emitida pela FCP e realizar a elaboração do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), visando o levantamento de informações cartográficas, fundiárias, agrônômicas, ecológicas, geográficas, socioeconômicas, históricas, etnográficas e antropológicas, obtidas em campo e junto a instituições públicas e privadas.

Após a elaboração do RTID, será realizada sua publicação com 90 (noventa) dias de prazo para os interessados contestarem o RTID junto à Superintendência Regional do INCRA, juntando provas pertinentes. Do julgamento das contestações caberá recurso único ao Conselho Diretor do INCRA, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da notificação.

Por fim, o processo de identificação encerra-se com a publicação de portaria do Presidente do INCRA que reconhece os limites do território quilombola no Diário Oficial da União e dos estados.

O Presidente do INCRA realizará a titulação mediante a outorga de título coletivo, imprescritível e pró-indiviso à comunidade, em nome de sua associação legalmente constituída, sem nenhum ônus financeiro, nesse caso, sendo proibida a venda e penhora do território.

### ■ 3. QUILOMBOLAS EM JOINVILLE: O CASO DO BECO DO CAMINHO CURTO

A comunidade Beco do Caminho Curto está localizada na cidade de Joinville, município da região norte do estado de Santa Catarina, sendo tradicionalmente uma cidade com costumes germânicos por ter recebido diversos imigrantes europeus no início de sua colonização. Nesse sentido, o reconhecimento como comunidade Quilombola, ao nosso ver, se aproxima da discussão feita por León Olivé quando diz que “o ‘Direito à diferença’ refere-se ao direito dos indivíduos a serem reconhecidos como integrantes de certa comunidade cultural, desfrutando “das condições apropriadas para que esta se preserve, se desenvolva e floresça, de acordo com as decisões que seus membros tomem de maneira autônoma.” (OLIVÉ, León apud WOLKMER, 2006 p.115)

<sup>63</sup> Endereço eletrônico disponível em: <[http://www.palmares.gov.br/?page\\_id=37551](http://www.palmares.gov.br/?page_id=37551)>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

<sup>64</sup> Endereço eletrônico disponível em: <[http://www.incra.gov.br/passo\\_a\\_passo\\_quilombolas](http://www.incra.gov.br/passo_a_passo_quilombolas)>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

Direito à diferença não apenas supõe algo a ser respeitado, punindo ou evitando ações discriminatórias, mas também de efetivação de condições mais igualitárias, o reconhecimento social. Busca, além do acesso a condições sociais ou legados culturais protegidos de atos discriminatórios, também a legitimação dessas conquistas, visto ser diferente das dominantes. (LIMA, 2012 p.207)

A história de Joinville é (era) até pouco tempo institucionalmente contada como uma história romantizada. Segundo o site da Prefeitura Municipal a construção da cidade está ligada diretamente ao dote de casamento recebido pela princesa Francisca Carolina, irmã de D. Pedro II, por conta de seu casamento com Fraçois Ferdinand Philipe, príncipe de Joinville<sup>65</sup>.

Como em todo o país, a cidade de Joinville recebeu inúmeros escravos negros durante o século XIX. Sendo assim, segundo Guedes (2007, p. 3) em “A escravidão em uma colônia de “Alemães””:

“Apolinário Ternes, ao tratar da colonização de Joinville, também evidenciou como reduzido o número de escravos em Santa Catarina, justificando que na época da chegada dos imigrantes no estado a escravidão estava em pleno declínio. “Em 1840 a população catarinense se limita a 67.218 habitantes, dos quais 12.580 de escravos e 54.638 de brancos e libertos” e completava dizendo que esse número representava, em 1840, “apenas 18% da população” (TERNES, 1993, p.31). Dezoito por cento de escravos não pode ser considerado um pequeno número, trata-se de uma considerável quantidade que se torna ainda mais significativa se for levado em conta que, anos antes, “em 1824, os escravos representavam 33% da população” do estado, conforme afirmou o mesmo autor (TERNES, 1993, p.31). Ora, será que se pode considerar pequena a participação da escravidão em um Estado onde 33% da população era escrava?”

Nesse ínterim, onde hoje está localizada a Estrada Fazenda, próxima da Comunidade Caminho Curto, existiam engenhos de açúcar que utilizavam do trabalho afro-brasileiros escravizados até o fim do século XIX<sup>66</sup>. Por conta da abolição do sistema escravocrata, os engenhos fecharam e muitas famílias de antigos escravos continuaram morando no mesmo local, onde até hoje os moradores da comunidade levam as raízes de seus antepassados.

No ano de 2019 a comunidade foi certificada pela Fundação Cultural Palmares como comunidade quilombola<sup>67</sup>, sendo que com o reconhecimento federal permite que os moradores da comunidade realizem pedido de titulação do território, garantindo assim, propriedade das terras para as famílias. Importante frisar que esse processo de reconhecimento que tramitava há muitos anos na Fundação Palmares foi destravado por ação importante da Defensoria Pública da União – Coordenação Regional dos Direitos Humanos (região Norte de SC). Esse acontecimento reforça a importância das parcerias entre a sociedade civil, a Universidade e os órgãos dos poderes constituídos<sup>68</sup>.

## ■ CONCLUSÃO

O aprendizado e as experiências adquiridas durante as atividades de extensão são compartilhados, tanto no âmbito da comunidade quanto no espaço da sala de aula, sendo assim, pode-se dizer que os projetos de extensão da universidade contribuem de forma efetiva para o desenvolvimento da aprendizagem uma vez que os estudantes conseguem, a partir da

<sup>65</sup> Publicação disponível em: < <https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2016/01/Joinville-Cidade-em-Dados-2017.pdf>> Acessado em: 14 de novembro de 2019.

<sup>66</sup> Reportagem produzida pelo veículo de comunicação da cidade. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/noticias/certificacao-federal-garantira-direitos-de-antiga-comunidade-quilombola-de-joinville>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019

<sup>67</sup> Data e número da portaria disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/sites/mapa/crqs-estados/crqs-sc-02082019.pdf>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

<sup>68</sup> Matéria publicada no site da DPU. Disponível em: <<https://dpusc.wordpress.com/tag/caminho-curto/>>. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

problemática social e apoiados em questões teóricas, dialogar com os atores envolvidos e propor soluções para a melhoria da qualidade de vida das populações locais.

Por outro lado, o trabalho de extensão universitária, pode servir como ferramenta para a efetivação dos Direitos Humanos na sociedade, na medida em que articula, aglutina, e mobiliza parceiros da sociedade civil e do Estado para juntos pensar soluções em diversas áreas, de forma a contribuir efetivamente com mudanças.

Por fim, com o presente estudo, pretendeu-se discutir o quanto é fundamental a luta pelos Direitos Humanos e pela justiça social dos remanescentes quilombolas, nos quais, em especial, os moradores da comunidade Beco do Caminho Curto, que demonstram gratidão por todos aqueles que contribuem de alguma forma com o desenvolvimento da comunidade.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos** / coordenação geral [de] Antonio Carlos de Souza Lima. – Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / laced / Nova Letra, 2012 576 p. ; 23 cm. isbn 978-85-7682-461-9

BATISTA, Paulo Nogueira. Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1995;

CARRIL, LOURDES DE FÁTIMA BEZERRA. Os desafios da educação quilombola no Brasil: o território como contexto e texto. **Rev. Bras. Educ.**, Rio de Janeiro , v. 22, n. 69, p. 539-564, June 2017 . Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782017000200539&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782017000200539&lng=en&nrm=iso)>. access on 25 Nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/s1413-24782017226927>.

CUNHA, Felipe Gibson; ALBANO, Sebastião Guilherme. **Identidades quilombolas: políticas, dispositivos e etnogêneses**. Latinoamérica, México , n. 64, p. 153-184, jun. 2017 . Disponible em <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S166585742017000100153&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S166585742017000100153&lng=es&nrm=iso)>. accedido en 22 mayo 2019.

DAMBORIARENA, LUIZA **Revista Brasileira de Estudos Organizacionais** v. 3. n. 1, p. 63-76, jun.2016, eISSN: 2447-4851 Doi 10.21583/2447-4851.rbeo.2016.v3n1.72 Sociedade Brasileira de Estudos Organizacionais

DE MORAES FREIRE, Silene; SETÚBAL NASSAR DE CARVALHO, Mariana; MOURA, Tássya. **Direitos Humanos e extensão universitária: uma relação necessária**. Interagir: pensando a extensão, [S.l.], n. 7, p. 39, jun. 2005. ISSN 2236-4447. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/interagir/article/view/21382/15500>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

DIBBERN, Thais Aparecida; CRISTOFOLETTI, Evandro Coggo; SERAFIM, Milena Pavan. **EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: UM PANORAMA DO COMPROMISSO SOCIAL DA UNIVERSIDADE PÚBLICA**. Educ. rev., Belo Horizonte v. 34, e 176658, 2018 . Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-46982018000100184&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982018000100184&lng=en&nrm=iso)>. access on 03 Nov. 2019. Epub Dec 13, 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-4698176658>.

FIABANI, Adelmir. Os novos quilombos: **Luta pela terra e afirmação étnica no Brasil [1988- 2008]**. Tese (Doutorado) – História, UNISINOS, São Leopoldo. 2008. <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2177>>. access on 22 May 2019

FLORENTINO, Manolo; AMANTINO, Marcia. Fugas, quilombos e fujões nas Américas (séculos XVI-XIX). *Anál. Social*, Lisboa , n. 203, p. 236-267, abr. 2012 . Disponível em <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0003-25732012000200001&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732012000200001&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 01 dez. 2019.

GUEDES, Sandra P.L. de Camargo Guedes. **A escravidão em uma colônia de “alemães”**. XXIV Simpósio Nacional de História – 2007. Disponível em: <[https://anpuh.org.br/uploads/anaisimpdios/pdf/201901/1548210412\\_c29dabd918a529d626178c268aa80737.pdf](https://anpuh.org.br/uploads/anaisimpdios/pdf/201901/1548210412_c29dabd918a529d626178c268aa80737.pdf) >. Acesso em 12 de novembro 2019.

LEITE, Ilka Boaventura. **O projeto político quilombola: desafios, conquistas e impasses atuais.** Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 965-977, Dez. 2008 . Disponível em:<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104026X2008000300015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2008000300015&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 26 de novembro de 2019.

MADEIRA, Zelma; GOMES, Daiane Daine de Oliveira. **Persistentes desigualdades raciais e resistências negras no Brasil contemporâneo.** Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 133, p. 463-479, Dez. 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 26 de novembro de 2019.

OLIVEIRA, Wilson José Ferreira de. **De gente de cor a quilombolas: desigualdades, religião e identidade.** Cad. CRH, Salvador, v. 26, n. 67, p. 139-156, Abril. 2013. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792013000100010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792013000100010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

RABENHORST, Eduardo R. **O que são Direitos Humanos?.** Brasília: Educação em Direitos Humanos: fundamentos histórico-filosóficos. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01\\_rabenhorst\\_oqs\\_dh.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01_rabenhorst_oqs_dh.pdf)>. Acesso em 12. Nov. 2019

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade.** Revista Seqüência, no 53, p. 113-128, dez. 2006.

# VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES: A MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NO ESTADO DE REFÚGIO

Yasmin Giovana Zopellaro<sup>69</sup>

**RESUMO:** O artigo tem como objetivo analisar a violência doméstica perpetrada no contexto das famílias multinacionais e a sua relação com a subtração internacional de menores. Com efeito, muitas vezes a vítima de violência doméstica foge do país de “residência habitual” juntamente com sua prole para obtenção de refúgio e proteção. Porém, diante das previsões constantes na Convenção de Haia de 1980 sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, a vítima acaba sendo acusada de subtração internacional e corre o risco de ser afastada de seus filhos que, normalmente, retornam para o país de “residência habitual” até a [re]definição do direito de guarda e de visitas. Assim, o escopo principal deste trabalho é verificar se a violência doméstica poderia ensejar na manutenção da criança no “Estado de Refúgio”. Através da pesquisa bibliográfica e doutrinária, pautada no método dedutivo e na abordagem qualitativa, conclui-se que a Convenção deve ser interpretada sob a ótica da sociedade atual e dos demais instrumentos jurídicos internacionais e brasileiros, até porque é necessário proteger a criança de situações de “grave risco físico ou psíquico e situação intolerável”, assim como adotar uma postura em consonância com os direitos humanos para concretizar a dignidade das vítimas de violência doméstica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Subtração Internacional de Menores. Violência Doméstica. Direito de Família Internacional.

## ■ INTRODUÇÃO

Um problema recorrente no seio das famílias multinacionais é a subtração internacional de menores que pode ser verificada quando um dos genitores promove o deslocamento ilícito de sua prole para outro país, sem autorização do genitor abandonado e em desrespeito ao direito de convivência familiar (DEL'OMO, 2015).

A bem da verdade é que diversos fatores que perpassam as famílias acabam influenciando na decisão do genitor subtrator de “sequestrar” o próprio filho, largar a vida em um país e se lançar na busca por um [re]início em outro Estado. Nesse espectro, a violência doméstica tem sido fator determinante para que as vítimas retirem os seus filhos do país de residência habitual e os levem para outro Estado, notadamente para obtenção de um ambiente seguro e emocionalmente estável (DEL'OMO, 2015).

Ocorre que a subtração internacional de menores é rechaçada pela comunidade internacional, sobretudo pelos prejuízos resultantes da mudança inesperada de domicílio para a criança subtraída (SILVA e MADEIRA, 2016). Assim, a Convenção de Haia de 1980 sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças dispõe que os Estados Contratantes devem promover o rápido retorno da criança ilicitamente subtraída para o país de residência habitual – local em que o direito de guarda e de visitas deve ser discutido (ARAUJO, 2011, apud GASPAS e AMARAL, 2013).

Porém, à vista disso, se discute se a violência doméstica perpetrada pelo “genitor abandonado” no Estado de residência habitual pode ser considerada uma situação excepcional

<sup>69</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: yasminzopellaro@gmail.com.



ao regresso da criança, notadamente pelos reflexos à integridade física e psicológica do infante (MAZZUOLI e MATTOS, 2015), assim como pela necessidade de reconhecimento [e, acima de tudo, de concretização] dos direitos humanos das mulheres no contexto da violência intrafamiliar [MORE, 2011].

Para tanto, o presente artigo discorre sobre a violência doméstica como hipótese de manutenção da criança no Estado requerido, com base nas exceções previstas no artigo 13, alínea b [“situação de grave risco físico ou psíquico e situação intolerável”] e do artigo 20 [“violação de princípios fundamentais”].

Na primeira parte, aborda-se as peculiaridades da Convenção de Haia de 1980 sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores e os avanços trazidos para o direito de família internacional. Na sequência, expõe-se a relação entre violência doméstica e subtração internacional de menores. Por fim, se analisa a violência doméstica como exceção à regra geral prevista na Convenção.

## ■ 1. AS PECULIARIDADES DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 SOBRE ASPECTOS CÍVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES

A subtração internacional de menores pode ser verificada quando um dos pais leva a prole para outro país com intuito de modificar o domicílio da criança e afastá-la do genitor “abandonado” (MAZZUOLI e MATTOS, 2015).

Então, neste cenário, a Convenção de Haia de 1980 sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças nasce como mecanismo de vedação aos movimentos transfronteiriços ilegais ocorridos nas famílias multinacionais e de defesa dos direitos da criança subtraída, notadamente do “direito dela permanecer inserida no lugar com o qual está afeita” (SILVA e MADEIRA, 2016).

Ainda que existam lacunas e antinomias no texto da Convenção, os procedimentos presentes em seu texto trazem segurança jurídica e maior agilidade para resolução dos casos de subtração internacional de menores. Até porque, antes do mencionado instrumento internacional, a esperança dos “genitores abandonados” se dissipava com a ausência de auxílio estatal para localização da criança ou com os entraves burocráticos e as discussões acerca do juízo competente para apreciação do caso, quando identificado o paradeiro do menor (GASPAR e AMARAL, 2013).

Nessa senda, vale registrar que a Convenção instituiu alternativas para o genitor abandonado, tanto na esfera administrativa quanto judicial. É por isso que este pode se valer concomitantemente do auxílio da Autoridade Central do país em que a criança vivia [Estado Requerente] e do país em que a criança se encontra ilícitamente retida [Estado Requerido], além de recorrer à tutela jurisdicional do juízo do Estado de Refúgio para promoção do retorno de sua prole (BRAUNER, 2015).

Porém, se ressalva que a cooperação jurídica articulada através da Convenção tem como norte reestabelecer o equilíbrio da vida da criança, que, em tese, ocorre com o seu retorno para o país de residência habitual (MÉRIDA, 2011). Assim, o referido instrumento internacional não se preocupa com as questões atinentes ao direito de família, pois estas devem ser levadas ao conhecimento do juízo do país de residência habitual (GASPAR e AMARAL, 2013).

Sob tal prisma, dos dizeres de SILVA e MADEIRA [2016, p. 43], extrai-se que:

Trata-se, assim, de uma recomendação ao Estado requerido, instituída no artigo 16 da Convenção de 1980, que tem por objetivo evitar que as autoridades judiciais do Estado para o qual foi subtraída a criança sejam utilizadas pelo genitor subtrator para dar um aspecto de legitimidade à conduta do deslocamento ou retenção ilícita. Razão essa que merece ser interpretada como determinação convencional de regresso do menor à jurisdição mais adequada a apurar os direitos de guarda e visita a si correlatos.

Uma outra peculiaridade da Convenção é a fixação do prazo de seis semanas para promoção do retorno da criança sequestrada, fato que evidencia a busca por uma solução célere para os movimentos transfronteiriços ilegais dentro das famílias (MARTINS, 2013). Por esta razão, a cooperação jurídica entre os Estados Contratantes se consubstancia no “auxílio direto” e, assim, estes “[...] poderão ter conhecimento diretamente de decisões sem o procedimento específico, por exemplo, de reconhecimento de sentença estrangeira.” (BRAUNER, 2015, p. 393).

Mas, há determinadas situações que refogem da lógica que o retorno da criança para o país de residência habitual é mais benéfico e, portanto, a Convenção consagra seis possibilidades para manutenção do menor no Estado de Refúgio (MARTINS, 2013).

Com efeito, se a realização do pedido de aplicação da Convenção ocorrer um ano após a subtração da criança e esta já estiver adaptada ao “novo meio”, não há motivos para promoção do seu retorno para o país em que vivia (SILVA e MADEIRA, 2016). Até porque se comprovado que o país de residência habitual já não é mais a sua residência, pois o tempo fez questão de ensinar-lhe uma nova cultura, um novo idioma e uma nova rede de amizade, o seu regresso será tão maléfico quanto um dia foi a sua retirada abrupta do país de residência habitual!

Além disso, inexistem razões para que a criança retorne ao convívio do “genitor abandonado” que sequer detinha o direito de guarda e de visitas da sua prole, pois não haverá qualquer movimento ilícito que caracterize a ocorrência de subtração internacional de menores (SILVA e MADEIRA, 2016). Ainda, sob tal lógica, se o genitor consentiu com a mudança de domicílio da criança, seja expressa ou inconscientemente, por meio da sua inércia, não merece prosperar a alegação que a retirada da criança ocorreu de forma ilegal (MARTINS, 2013).

De mais a mais, uma exceção que traz inúmeras interpretações divergentes no âmbito jurídico é aquela prevista no artigo 13, b, da Convenção [grave risco físico ou psíquico e situação intolerável]. Para Silva e Madeira (2016), pode se dizer que tal exceção poderia ser analisada tanto sob o espectro dos problemas regionais que assolam o país de residência habitual quanto aqueles que estão infiltrados no núcleo familiar. Ainda, sua [in]definição não pode prejudicar o princípio que norteia toda a Convenção, que é o “Princípio do Melhor Interesse do Menor” e, em contraponto, o dever de cooperação e confiança assumido pelos Estados Contratantes (MARTINS, 2013).

Ao que tudo indica, porém, há dois extremos na aplicação da supracitada exceção! Já se reconheceu como “situação de grave risco” o nível elevado de poluição atmosférica da cidade para qual a criança retornaria. Mas, também já se defendeu que a criança poderia retornar para o país de residência habitual, ainda que tenha sido vítima de violência física naquele local, desde que comprovado que o Estado de residência habitual teria condições de aplicar medidas protetivas (MARTINS, 2013).

Outra situação que pode acarretar na permanência da criança no novo país é verificada quando a própria “vítima da subtração” afirma que deseja permanecer no Estado de Refúgio, sendo necessário, de antemão, sobepesar a sua maturidade e a possível execução da alienação parental pelo genitor subtrator (MARTINS, 2013).

Por fim, a última exceção propicia ao Estado requerido adotar uma postura uniforme e consonante com seu próprio ordenamento jurídico e, assim, em caso de violação dos seus princípios fundamentais [direitos humanos e liberdades fundamentais], negar o retorno da criança (SILVA e MADEIRA, 2016).

## ■ 2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UM MOTIVO PARA FUGIR PARA O OUTRO LADO DO MUNDO?

Antes da Convenção, os homens comumente praticavam a subtração internacional de menores em contraponto às decisões favoráveis de guarda para as mulheres (TONITELLO, 2007, apud, GASPAR e AMARAL, 2013). É fato principalmente levando em consideração a preponderância da visão patriarcal e da responsabilidade atribuída à mulher com relação aos cuidados dos filhos.

Mas, passadas mais de três décadas da elaboração da Convenção, a sociedade evoluiu, modificou, alterou. A bem da verdade é que com os novos meios de transporte e de comunicação, com a globalização e com os movimentos realizados pelas pessoas no globo terrestre, as fronteiras entre os Estados, por vezes, parecerem meras ficções jurídicas. Tais mudanças, por óbvio, impactaram diretamente no processo de “internacionalização das famílias” e, assim, tanto mães quanto pais têm sido autores da subtração internacional de menores. (DEL’OMO, 2015).

Os motivos para que um genitor fuja com seu filho para outro país são diversos e ressoam nos corações das famílias multinacionais. Por oportuno, se sabe que o desejo de vingança, os términos conturbados dos relacionamentos, os choques culturais e a fuga de ciclos de violência doméstica ainda têm grande destaque (MÉRIDA, 2011).

Com enfoque nos casos de violência doméstica, Mazzuoli e Mattos (2015, p. 64) expõem claramente que:

Em muitos casos, a mulher foge com seus filhos de volta ao Brasil, com esperança de obter proteção e apoio contra a violência sofrida no país de residência habitual. Entretanto, quando chegam ao Brasil com seus filhos, muitas dessas mulheres são acusadas de sequestro internacional de crianças por seus companheiros abusadores. A situação mostra-se bastante controversa, pois, em lugar de proteção, sofrem perseguição pelas autoridades do Estado estrangeiro e por seus abusadores.

Seja dito: não é apenas para se proteger, mas também para resguardar a prole dos efeitos diretos [ou indiretos] da violência doméstica, que a vítima busca ir para outro Estado, inclusive tendo em vista que, por vezes, o país de residência habitual nega qualquer amparo (MAZZUOLI e MATTOS, 2015).

É inevitável que a vítima pode ser submetida a um ciclo violento dentro do próprio lar e se ver a mercê de seu abusador, diante [1] da situação de imigrante ilegal, [2] da dificuldade em pedir ajuda para as autoridades do país de residência habitual pela falta de domínio do idioma local, [3] do estereótipo construído em torno da estrangeira e da valorização exacerbada dos direitos do nacional em razão da adoção de uma postura xenofóbica/machista pelas autoridades de muitos países, [4] da dependência financeira com relação ao abusador, [5] do medo de perder os filhos e [6] da distância da rede de apoio parental que forneça auxílio e proteção.

Portanto, pode se afirmar que a violência doméstica se faz presente em muitas famílias, inclusive das famílias “multinacionais” e, por vezes, é razão principal para a subtração internacional de crianças.

### **■ 3. POR UMA POSTURA CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA SUBTRAÍDA AO GENITOR SUBTRATOR**

Percebe-se que as vítimas de violência doméstica promovem movimentos transnacionais nas famílias que são interpretados como subtração internacional de menores para se verem livres, para terem seus direitos recuperados. Mas, infelizmente, tais movimentos podem ser vistos como “ilícitos” e abrem margem para que os abusadores e “genitores abandonados” se utilizem da Convenção para identificar o paradeiro da criança e da vítima, numa cassada incessante, cruel e legalizada e auxiliada pelas autoridades centrais e judiciárias dos Estados Contratantes (MAZZUOLI e MATTOS, 2015).

Nessa perspectiva, se defende a possibilidade de manutenção da criança no Estado de Refúgio. Até porque, é evidente que há prejuízos para a integridade psicológica da criança que é vítima de violência doméstica e/ou vivência situações em que tais atos são praticados contra um dos seus genitores, com base no art. 13, b, da Convenção e em “função da alta probabilidade de que a violência também seja perpetrada contra a criança. O ambiente de violência vivenciado pela criança, por si só, coloca-a em risco.” (BRAUNER, 2015, p. 390).

As crianças que conviveram nos ambientes em que a violência doméstica é perpetrada, podem sofrer com transtorno de estresse pós-traumático, além de serem envolvidas por:

[.] sentimentos medo, insegurança, ansiedade, baixa autoestima e culpa. Também podem apresentar manifestações físicas de trauma emocional, como abuso de uso de drogas ou a internalização da necessidade violência para solucionar conflitos (MARTINS, 2013, p. 149).

Os impactos, porém, são de curto a longo prazo e podem influenciar no surgimento de comportamentos antissociais, depressivos e até psicopatológicos, considerando a violência física direta e indireta [MAZZUOLI e MATTOS, 2015]!

Não bastasse, a Convenção não pode ser considerada sob uma lógica “infantocêntrica”, mas também de forma a atender os direitos e surtir efeitos para todos os envolvidos (MARTINS, 2013). Acrescenta-se que, para Mazzuoli e Mattos (2015), o retorno da criança não se mostra adequado porque, em tese, o país de residência habitual não conseguiu proteger o menor tampouco seu genitor, vítima de violência doméstica.

Logo, a permanência da criança no Estado Requerido nos casos de subtração internacional de menores atrelada à violência doméstica perpetrada contra a genitora subtratora, segundo Mazzuoli e Mattos (2015, p. 67),

[.] pode impedir que mães que já sofreram violência no passado sejam revitimizadas e obrigadas a devolver seus filhos para genitores abusivos em países que não foram capazes de lhes oferecer proteção adequada, pelo menos temporariamente, enquanto não se resolvem essas questões nos juízos locais.

Na mesma linha Weiner (2000 apud Mazzuoli e Mattos, 2015, p. 66) ensina que em tais casos:

[.] o bem mais precioso da vítima, seu filho, na proximidade de seu agressor ou sem a sua proteção (supondo que ela não voltará com a criança), ou com a sua proteção, expondo-a [potencialmente] a uma situação de mais violência.

Constata-se que é uma questão de respeito aos direitos humanos e aos princípios fundamentais do próprio Estado Brasileiro, conforme exceção prevista no art. 20, da Convenção. Para tanto, More (2011) enaltece que:

[.] muito embora não faça sentido algum, seja moral seja legal, devolver uma criança ao alçóz da própria mãe sem expô-la “a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável” (art. 13, “b”, da Convenção), uma vez que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” (art. 6º da Lei Maria da Penha). (MORE, 2011).

Sobre o tema, importante registrar os dizeres da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmén Lúcia:

[.] uma das grandes questões atualmente enfrentadas pela Lei Maria da Penha é o cuidado com os filhos das mulheres vitimizadas. “Apesar de prevista em lei, essa proteção ainda não foi integralmente implementada, em grande parte por conta dos fortes vínculos afetivos e dos traumas que recorrentemente marcam as crianças e as mulheres” [STF, 2016].

Por oportuno, importante ressaltar que é uma questão de equidade: “[.] mulheres merecem o mesmo tipo de proteção que é conferida internamente às mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar.” (MAZZUOLI e MATTOS, 2015, p. 68).

Portanto, seja sob o espectro da exceção de grave risco ou situação intolerável, seja pelo respeito aos direitos humanos das vítimas [in]diretas de violência doméstica, há fundamentos para

manutenção da criança no Estado de Refúgio, a fim de evitar “expor a mãe novamente ao assédio psicológico de seu agressor, numa equação diabólica de destruição do real “ser humano” em benefício da ficção do “ser jurídico.” (MORE, 2011).

## ■ CONCLUSÃO

Ante tais constatações, é possível afirmar que ciclos de violência doméstica são perpetrados nas famílias multinacionais, inclusive tendo como fatores que impedem a reação/defesa da vítima a distância, o idioma, as questões migratórias e a postura xenofóbica.

Dessa forma, por vezes, não resta alternativa para vítima de violência doméstica a não ser alçar voos e navegar mares para fugir do seu algoz e, concomitantemente, proteger a sua prole. Nessa linha, o genitor subtrator adota uma postura protetiva e preventiva, visando não apenas propiciar que a criança seja afastada de um ambiente violento, mas também que ela não seja [ou continue sendo também] vítima do próprio genitor!

Ademais, muito embora a fuga da violência doméstica se encaixe como caso de subtração internacional de menores [em uma análise fria da Convenção de Haia de 1980 sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores], anota-se a aplicação da regra geral do referido tratado internacional não coaduna com o “Princípio do Melhor Interesse da Criança” e com os direitos humanos.

Isso porque a violência doméstica, mesmo que não perpetrada diretamente contra a criança, causa malefícios para sua integridade psicológica, podendo causar até transtorno de estresse pós-traumático. Portanto, configura uma situação de “grave risco psíquico ou físico e de situação intolerável” e, assim, há fundamento para manutenção da criança no Estado de Refúgio, ao invés da promoção do seu retorno para o país de residência habitual - local em que está o genitor abandonado e abusador.

Além disso, não se pode permitir que a criança volte para o país que não teve condições de propiciar a sua proteção e a do seu genitor, vítima de violência doméstica. Não se pode também fazer com que as vítimas de violência doméstica se sintam desencorajadas a quebrar o ciclo de violência que estão submetidas pelo medo de serem perseguidas e de terem seus filhos afastados enquanto o seu direito de guarda e de visitas é decidido pelo juízo do país de residência habitual.

À vista disso se deve respeitar o disposto na Convenção mas, também, nos demais tratados internacionais referentes à proteção da vítima de violência doméstica, inclusive para não tornar a Convenção um instrumento a favor do genitor violentador, ora “abandonado”.

Portanto, para evitar a violação dos direitos humanos das vítimas de violência doméstica e das crianças subtraídas, há a possibilidade de reconhecimento da manutenção da criança no Estado de Refúgio com base nas exceções previstas no art. 13, b, e 20, da Convenção de Haia de 1980 sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças!

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAUNER, Daniela Correa Jaques. A Contribuição dos Processos de Integração – União Europeia e Mercosul – para a Superação das Dificuldades de Aplicação da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. v. 10, n. 1, pp. 371/ 420, 2015.

DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Subtração Internacional de Menores à luz do Caso Sean Goldman. **Anuário Mexicano de Direito Internacional**. v. XV, pp. 739-772, 2015.

GASPAR, Renata Alvares; AMARAL, Guilherme. Sequestro Internacional de Menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor? **Meritum**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, pp. 351-387, jan./jun. 2013.



MARTINS, Natalia Camba. **A Subtração Internacional de Crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Curitiba: CRV, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; MATTOS, Elsa de. Sequestro internacional de criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência: A importância da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 8, pp. 57-75, jan/dez. 2015.

MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro Interparental: O novo direito das crianças. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 9, pp. 7-16, fevereiro/2011.

\_\_\_\_\_, Sequestro interparental: princípio da residência habitual. **Revista de Direito Internacional**. v. 8, n. 2, pp. 255-272, jul./dez. 2011.

MORE, Rodrigo Fernandes. **A violência doméstica e familiar contra a mulher e o sequestro internacional de crianças**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/18787/a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-e-o-sequestro-internacional-de-criancas>>. Acesso em 05 de nov. de 2019.

SILVA, Artenira da Silva e; MADEIRA, João Bruno Farias. O sequestro internacional de crianças e a proteção aos interesses do menor: a integração da criança a novo meio como exceção à aplicação da convenção da haia de 1980. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, n. 2, v. 2, pp. 39 – 60, jul/dez. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministra Cármen Lúcia trata de proteção às crianças com diplomatas dos EUA**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326261>>. Acesso em 05 de nov. de 2019.

# SADU

IV Semana Acadêmica de Direito da Univille



## GRUPO DE TRABALHO: SEGURANÇA PÚBLICA



# DE DENTRO PARA FORA: A VÍTIMA COMO PARTE FUNDAMENTAL NA RESSIGNIFICAÇÃO DOS CONFLITOS PELA ÓTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Natalia Maiochi<sup>70</sup>

**RESUMO:** O presente estudo trata da ressignificação promovida pela Justiça Restaurativa através da resolução de conflitos, em resposta à crise do atual modelo de justiça criminal brasileiro. O tema é de suma importância em razão da necessidade de alterar o foco do processo, passando do ofensor e da materialidade do delito à vítima e a reparação de danos. Os objetivos específicos para a pesquisa são: a) Descrever quais são os objetivos da Justiça Restaurativa e qual a sua relevância como resposta a despersonalização promovida pelo sistema retributivo; b) Caracterizar a importância da vítima como participante ativa, para que, através da sua perspectiva, se encontre a forma mais adequada para a promoção da justiça e c) Discutir sobre os aspectos práticos que possibilitam a aplicabilidade, bem como seus reflexos positivos se implementada da maneira correta. Quanto à metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A expectativa deste artigo é contribuir para que o crime passe a ser entendido como uma violação de pessoas e relacionamentos, buscando sempre a solução mais adequada para a reparação dos prejuízos inerentes ao delito, atuando em conjunto com as partes envolvidas para o atendimento de suas necessidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Vítima. Conflito. Ressignificação. Justiça Restaurativa.

## ■ INTRODUÇÃO

No decorrer da história, a Justiça Criminal teve sua consolidação enraizada nas diretrizes romanas, tomando como base o método da retribuição, onde aquele que cometeu um delito, entendido aqui como ofensor, deve pagar com a aplicação de uma pena com caráter unicamente punitivo.

Assim, a forma como o Sistema Penal tradicional lida com o crime é pautada na lógica de imposições de sanções genéricas e preestabelecidas, na maioria dos casos limitada à privação de liberdade promovida pelo Estado, onde não são observadas as peculiaridades de cada caso concreto. Nesses moldes, o foco está única e exclusivamente no ofensor e em qual violação esse cometeu para com o Estado.

Esse tratamento reflete um abandono da vítima em relação ao processo, de tal modo que ela, sendo a parte mais interessada, permanece afastada e impossibilitada de manifestar seus próprios interesses nas discussões, bem como propor uma solução coerente a partir desses.

Evidente que o Estado, ao assumir o protagonismo da resolução do conflito, não leva em consideração as necessidades da parte que foi debilitada, fazendo com que essa, além dos traumas advindos do conflito, sofra ainda mais em não receber o tratamento adequado.

Não obstante, ao postular com métodos engessados e aplicados como forma de retribuição do mal com o mal, revela-se a ineficácia do Direito Penal em construir soluções que visem o futuro e a paz das relações sociais.

<sup>70</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Joinville – UNIVILLE. E-mail: nataliamaiochi@hotmail.com.

Dessa forma, as consequências do crime reverberam-se, pois, ao impossibilitar a ressocialização do ofensor, acaba por criar entraves para que siga um rumo diferente, fato esse que gera um sentimento de insegurança ainda maior tanto para as vítimas, quanto para a sociedade.

Frente a esse cenário, despontam os arautos da Justiça Restaurativa, que surgem como um feixe de esperança para enfrentar os métodos obsoletos que vem sendo aplicados, com práticas que possibilitam uma visão mais humanista através da participação ativa das partes e da comunidade envolvida pelo dano causado.

Malgrado o tema venha sendo fortemente debatido no âmbito doutrinário, as práticas restaurativas têm crescido exponencialmente no Brasil, o que evidencia que sua aplicação traz resultados significativos frente à possibilidade de alcançar os fins da pena e chegar a um sentido mais aproximado de justiça.

É mister compreender que um novo paradigma de Justiça se faz necessário na atualidade, a justiça precisa acompanhar a evolução das relações e métodos empregados, bem como enxergar de um ângulo diferente aquilo que não tem gerado satisfação para a sociedade como um todo.

Para a realização do presente estudo, a metodologia utilizada na pesquisa foi o método dedutivo, tendo como ponto de partida um princípio geral e afinando para o particular, assim como o método de abordagem foi o dedutivo com nível de aprofundamento descritivo.

## ■ 1. JUSTIÇA RESTAURATIVA: EFICÁCIA E ALCANCE FRENTE AO SISTEMA PENAL

A Justiça restaurativa surge como uma proposta para resolução de conflitos de forma mais humanizada, levando em consideração as partes envolvidas no processo, o contexto social e os reflexos na sociedade como um todo. Assim, o crime é entendido como uma violação de pessoas e relacionamentos, objetivando produzir uma responsabilização por parte do ofensor, para que esse atenuar os danos que gerou da melhor maneira possível, a partir de uma solução produzida com a prática colaborativa.

Para tanto, se utiliza de técnicas autocompositivas e consensuais realizadas através da participação ativa dos envolvidos, com a oitiva tanto da vítima quanto do ofensor, para que se possa compreender as circunstâncias e particularidades de cada situação problemática, e assim, reestabelecer tanto quanto possível o *status quo ante*.

Nessa linha segue o entendimento de Howard Zehr, como demonstra:

A Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível (ZEHR, 2012, p. 49).

Assim, sendo o crime considerado um ato lesivo, a justiça deve significar o reparo da lesão cometida para a promoção da cura, não atos que levem ainda mais violação. Evidente que não é possível garantir uma recuperação total, no entanto, a justiça teria como objetivo oferecer um contexto no qual esse processo pode começar.

Os métodos utilizados para a promoção da justiça restaurativa compreendem a comunicação não violenta, escuta ativa, reconhecimento do outro, não estigmatização e resgate do empoderamento, possibilitando um entendimento mútuo e com ele a consequente responsabilização do ofensor de forma consciente e voluntária, evitando assim a prática de novos crimes ou de natureza similar pelo mesmo agente, bem como um sentimento mais aproximado de justiça e segurança para o ofendido.

Esse resultado implica num senso de recuperação, numa forma de fechar o ciclo. Tal responsabilização deve ser a obrigação primária a ser levantada a partir das violações, isso porque a partir da compreensão e reconhecimento do mal que fizeram, nasce o dever de corrigi-lo. Corrigir

é algo primordial para a justiça, não deve ser enxergado em hipótese alguma como uma atividade periférica e opcional.

Um dos propósitos dessa correção é enviar a mensagem ressocializadora, para que a partir do reconhecimento do mal praticado, não venha a cometê-los novamente. Isso pode ser proporcionado a partir da prática restaurativa com o estabelecimento da alteridade, onde o ofensor passa a entender tal experiência pelo olhar da pessoa do ofendido.

Nesse sentido, há uma troca de lentes<sup>71</sup>, que consiste em uma redefinição da percepção do delito, entendido agora como um conflito interpessoal: ato que acarreta consequências e danos às pessoas, relações e à comunidade.

A partir da concepção de Justiça Restaurativa, podemos perceber o atual Sistema punitivo como ineficaz e obsoleto. Isso porque as decisões nessa esfera se dão de forma verticalizada e imposta por um terceiro julgador, visto como uma forma de punir aqueles que violaram o Estado.

Acontece que ao enxergar o conflito dessa forma - pela lente retributiva - não é possível atender as peculiaridades de cada caso concreto, nem mesmo a da vítima e do ofensor. Assim, o processo negligencia as vítimas enquanto fracassa veementemente no intento de responsabilizar os ofensores pelo crime e coibir a reincidência.

Colet e Martins (2012, p. 44) afirmam que a Justiça Restaurativa surge como um modelo que instrumentaliza a paz social no tratamento de conflitos, através de uma nova filosofia e cultura, “eis que cada um é capaz de captar a mesma imagem sob ângulos e perspectivas diferentes e produzir resultados completamente diferentes, opondo-se ao etiquetamento social<sup>72</sup>”, rompendo, assim, com a seletividade que o sistema de justiça tradicional produz.

Frente ao exposto, torna-se necessária a busca por uma alternativa de justiça que ofereça outra resposta à problemática do crime e que devolva aos oprimidos envolvidos no conflito criminal o seu direito de participar de fato da sua resolução.

## ■ 2. A VÍTIMA COMO PROTAGONISTA NA RESOLUÇÃO DO CONFLITO

Como visto anteriormente, a Justiça Retributiva, utilizada pelo Sistema Penal atual gira em torno da violação da lei cometida pelo infrator que atinge diretamente ao Estado, sendo esse último o detentor do monopólio da justiça para apuração da culpa e imposição da punição como meio penalizador.

Acontece que, ao se apropriar do conflito e assumir o lugar da vítima como parte principal acaba por prejudicá-la, uma vez que tira dela a oportunidade de buscar uma solução adequada a partir das particularidades do caso e seus próprios interesses para a resolução.

Diante dessa despersonalização, esquece-se quem é a pessoa diretamente ofendida, ou seja, a própria vítima acaba sendo afastada daquilo que é dignamente seu. Esse afastamento faz com que a parte mais interessada no processo e em seu desfecho seja negligenciada em seus anseios, direitos e necessidades.

Assim, a vítima que já se encontra previamente abalada, sofre com uma dupla vitimização ao deparar-se com o desprezo e despreparo dos agentes e órgãos públicos para lidar com o ocorrido, nesse sentido podemos destacar o trecho elaborado por Gomes e Garcia-Pablos de Molina a seguir:

A vítima sofre, com frequência, um severo impacto “psicológico” que se acrescenta ao dano material ou físico provocado pelo delito. A vivência criminal se atualiza, revive e perpetua. A

<sup>71</sup> A expressão “troca de lentes”, cunhada neste parágrafo, remete à obra de Howard Zehr, sociólogo e teórico que auxiliou de forma fundamental na difusão do ideal restaurativo a partir da década de 90. ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça. Tradução de Tônia Van Acker – São Paulo: Palas Athena, 2008., de leitura obrigatória sobre o tema Justiça Restaurativa.

<sup>72</sup> A Labeling Approach Theory, ou Teoria do Etiquetamento Social, é uma teoria criminológica marcada pela ideia de que as noções de crime e criminoso são construídas socialmente a partir da definição legal e das ações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos.



impotência frente ao mal e ao temor de que se repita produz ansiedade, angústia, depressões, processos neuróticos etc. A tudo isso se acrescentam, não poucas vezes, outras reações psicológicas, produto da necessidade de explicar o fato traumático: a própria atribuição da responsabilidade ou autocolpabilização, os complexos etc. (GOMES E GARCIA-PABLOS DE MILINA, 2009, p. 93).

Nesse sentido, reverberam-se os danos causados a vítima, ao invés de amenizá-los. E é a partir desse contexto que surge a Justiça Restaurativa com a proposta de aproximar as vítimas do processo, a fim de que elas se sintam vindicadas e empoderadas para encontrar respostas sobre suas dúvidas a respeito do que e por que aconteceu e o que está sendo feito a respeito.

As vítimas se sentem violadas, e essa violação gera necessidades. Elas precisam restituir o lugar de origem e assumir o protagonismo para a resolução do conflito sempre que possível. É preciso que se sintam necessárias e ouvidas durante o processo, justamente por serem elas as melhores pessoas a determinar as proporções do dano e a maneira que deve ser reparado.

Condizente ao tema, cumpre destacar que os efeitos do crime reverberam, aqueles que um dia estiveram no papel de vítima podem vir a se tornar também ofensores se não receberem a atenção necessária para atender seus traumas. Aquilo que um dia o feriu e não foi sanado pode vir a ser pretexto para futuramente ferir outrem. Para eles, o crime torna-se uma maneira de gritar por socorro e afirmar sua condição de pessoa, e dessa forma, prejudicam os outros porque um dia foram prejudicados.

Daí se extrai a importância de dar voz às vítimas, de tal modo que se sintam oportunizadas de contar a sua história e ventilar seus sentimentos com pessoas preparadas para ouvi-las e auxiliá-las a superar o episódio traumático, objetivando a quebra do ciclo da violência.

É de suma importância destacar que os procedimentos da Justiça Restaurativa só terão lugar se, e somente se, as partes se dispuserem a participar. Não se pode coagir o ofensor a assumir a autoria dos fatos, nem impor à vítima que tenha voz ativa na resolução do conflito e contato direto com o ofensor.

Nesse sentido, ilustra a Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de maio de 2016, ao dispor sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, no seu art. 2º, o seguinte:

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

Ou seja, o caráter voluntário é primordial durante todo o procedimento restaurativo, em nenhum momento pode existir qualquer forma de coação, bem como estão livres as partes para desistir em qualquer momento e retornar ao Processo Penal tradicional.

### ■ 3. A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O atual sistema penal adotado pelo ordenamento e práticas jurídicas brasileiras, como já visto, tem como foco o agressor e sua consequente penalização já previamente estabelecida conforme o tipo penal violado, o que se mostra veementemente ineficaz.

O que se pretende demonstrar é que a aplicação direta de uma punição genérica para o “mal” praticado não atinge o fim que se espera. Ou seja, o agente delituoso não alcança a sua ressocialização, assim como a vítima e a sociedade permanecem com o sentimento de insegurança e vulnerabilidade, pois o “senso de alienação social” do ofensor só aumenta ao

passar pelo processo penal e pela experiência prisional. Por vários motivos esse processo tende a desestimular a responsabilidade e a empatia por parte do ofensor”<sup>73</sup>.

Assim, surge a Justiça Restaurativa como “uma (das) alternativas para superar a falência do atual sistema penal tradicional, restabelecendo os dogmas da justiça penal para reparar ao máximo o status quo anterior ao crime”<sup>74</sup>. Nesse sentido, é possível obter um resultado mais satisfativo, sempre que estabelecido um consenso sobre a resolução do conflito, tratando não só as necessidades presentes, como também as intenções futuras.

É de suma importância destacar que apesar da semelhança com a mediação, por ser um método alternativo ou complementar, que se utiliza de recursos mais humanitários, não pode assim ser considerada, como aponta o autor a seguir:

De qualquer maneira para participar de um encontro de Justiça Restaurativa, na maioria dos casos o ofensor deve admitir algum grau de responsabilidade pela ofensa, e um elemento importante de tais programas é que se reconheça e se dê nome a tal ofensa. A linguagem neutra da mediação pode induzir ao erro, e chegar a ser um insulto em certas situações (ZERH, 2012, p.19).

No que tange a prática, existem em diversos países experiências bem-sucedidas, que ao longo do tempo tem apresentado resultados positivos com sua aplicação. Merece destaque o sistema pioneiro Neozelandês, que inspirado nos mecanismos de soluções de litígios dos povos maoris instauraram círculos restaurativos, trazendo à tona uma esperança promissora para ao obsoleto instituto penal mundial.

Outro ponto importante a se levantar é que o propósito da Justiça Restaurativa não é se sobrepor ao poder do Estado, mas de fato, gerar uma reformulação de papeis, incumbindo agora ao Estado uma nova incumbência, a saber, a de possibilitar ao agente do crime e a sua vítima uma oportunidade de pacificação do conflito intersubjetivo (SANTOS, 2014, p. 41 e 42).

Sob esse aspecto, apresenta-se como um meio complementar ao sistema punitivo, contribuindo para a construção de um novo paradigma de justiça, com intuito de restaurar os danos e relações afetadas. É cediço que não é a solução para todas as situações. Em casos que tenham implicações mais gravosas faz-se necessária a intervenção estatal como garantia dos direitos fundamentais, no entanto, isso não pode ser enxergado como regra para a satisfação de todo e qualquer conflito.

Frente a essa perspectiva e as novas demandas no judiciário, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – emitiu em 2016 a Resolução nº 225 que dispõe sobre a Política de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, sob os argumentos de que a complexidade com que os conflitos e a violência vêm se apresentando, devem ser levados em conta os aspectos comunitários e sociais de cada pessoa; Além de promover à ampliação do acesso à justiça, que implica na busca de soluções efetivas de conflitos, compreendendo os meios alternativos e consensuais adequados a alcançar a pacificação da disputa (CNJ, 2016).

Nesse sentido, exsurge a importância dessa proposta, que partindo da valorização da vítima como parte integrante e fundamental do processo, carrega consigo a oportunidade de vivenciar a justiça de forma ativa, ao invés de tê-la realizada por um terceiro e apenas notificada a decisão da sentença condenatória.

Evidente que uma sensação plena de justiça, bem como o restabelecimento total do *status quo ante* é algo raro. No entanto, a experiência ainda que parcial pode trazer consigo o necessário para a recuperação das partes envolvidas, bem como o conseqüente encerramento do ciclo.

Essa interrupção do ciclo da violência, se alcançada, gera reflexos positivos não só para as partes, mas também para a sociedade como um todo e ao Estado, que são diretamente beneficiados com a diminuição da violência e criminalidade.

<sup>73</sup> ZEHR, Howard. Justiça restaurativa. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 27.

<sup>74</sup> JORGE, Frederico Wellington; JUNIOR, Waldemar Moreno. A (In)eficiência do Direito Penal: A Quem Recai os Custos do Sistema? 2020, p. 13. No prelo.

## ■ CONCLUSÃO

Diante da análise de toda pesquisa realizada, pode-se concluir que, além de possível, é altamente eficaz e benéfica a aplicação dos procedimentos restaurativos, partindo do pressuposto que é possível enxergar o processo da resolução de conflitos por uma outra lente que não a retributiva.

A Justiça Restaurativa surge então como um projeto calçado na humanização do processo, trazendo resultados mais satisfativos para ambas as partes e de forma mais célere. Além de possibilitar o fechamento do ciclo da violência através do olhar cuidadoso para com as necessidades de cada caso, evitando, assim, que os reflexos do crime se reverberem e causem ainda mais traumas.

Conclui-se também que as partes dos processos precisam ser ressignificadas, o crime não pode ser compreendido como uma violação da lei e ao Estado, e sim, como uma violação do justo relacionamento. Assim, a vítima deve se realocar e se tornar a protagonista daquilo que diretamente lhe interessa, expondo suas mágoas e necessidades, para que assim, tenha oportunidade de se reestabelecer como pessoa.

Torna-se importante também a possibilidade do ofensor se redimir para com a vítima e, assim, atenuar os danos que ocasionou. Assim como, esse sentimento de responsabilização e alteridade ao ouvir o outro lado, carrega a simbologia de arrependimento, podendo fazer com que esse não torne a repetir os mesmos erros.

Por fim, a pesquisa demonstrou que a Justiça Restaurativa, em conjunto com o Sistema Penal já em utilização, pode atuar de maneira autônoma e complementar para resolver os enfrentamentos entre particulares, estimulando a solução de conflitos através do consenso estipulado entre as partes.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo – para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal**. Trad. Francisco Bissoli Filho. Doutrina Penal n. 10, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987, p. 623-650. Disponível em <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Princípios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>> Acesso em: 12 nov 2019.

COLET, Charlise Paula; MARTINS, Janete Rosa. **O modelo de justiça restaurativa como instrumento de paz social e tratamento de conflito**. Passo Fundo: Passografic; Santo Ângelo: EdiUri, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 225**. 2016: Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_225\\_31052016\\_0\\_2062016161414.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_0_2062016161414.pdf)> Acesso em: 07 nov 19.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio et al. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2º ed., São Paulo: RT, 2009.

JORGE, Frederico Wellington; MORENO JR., Waldemar. **A (In)eficiência do Direito Penal: A Quem Recai os Custos do Sistema?**. 2020, p. 13. No prelo.

SANTOS, Amaral dos et al. **Justiça Restaurativa: A Efetivação Dos Direitos Da Vítima Para A Construção De Um Novo Paradigma De Justiça Criminal**. *Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. 2017.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Cláudia Cruz. Um Crime, Dois Conflitos (E A Questão, Revisitada, Do “Roubo Do Conflito” Pelo Estado). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s.i.], v. 71, p.31-49, 2008.

SILVA, Raíssa Z. L. Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM**. Revista nº 18, jan – abr 2015. Disponível em:

<[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/225-Artigo](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/225-Artigo)> Acesso em: 01 nov 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

**Justiça Restaurativa – Teoria e prática**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

# ANÁLISE ESTÁTISCA DOS ATOS INFRACIONAIS COMETIDO POR MENORES INFRATORES NO MUNICÍPIO DE JOINVILLE/SC

Pedro Henrique Padua Mello<sup>75</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa versa sobre o tema da Segurança Pública no âmbito escolar no Município de Joinville - Santa Catarina, a partir da busca, compilação e análise de dados estatísticos quantitativos referenciais, pesquisados e fornecidos pelo Observatório de Segurança Pública da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, em parceria com a Secretaria de Proteção Civil e Segurança Pública do Município de Joinville - SEPROT. O presente trabalho, além de informativo, também, visa contribuir com o desenvolvimento, aperfeiçoamento e excelência do Programa Escola Cidadã, coordenado pela Secretaria de Proteção Civil e Segurança Pública do Município de Joinville Santa Catarina. Este programa tem o objetivo de remodelar o tratamento da violência nas escolas da rede municipal de ensino, organizando o fluxo de atendimento de ocorrências, com estruturas amplas de apoio e administração participativa, unindo forças com os órgãos de segurança pública (guarda municipal, Polícia Militar e Polícia Civil), a fim de oferecer um maior suporte nos casos ocorrências de atos infracionais, e na inclusão desses jovens com projetos de lazer, esporte e cultura, mais específico com atenção aos jovens de 06 a 16 anos de idade. A pesquisa foi realizada a partir da análise de dados estáticos relacionado Segurança Pública no âmbito escolar entre os jovens de 12 a 17 anos no Município de Joinville Santa Catarina, com o levantamento de dados quantitativos de acordo com os boletins de ocorrência registrados pela Polícia Civil no ano de 2018.

**PALAVRAS-CHAVE:** Segurança Pública. Atos infracionais. Projeto Escola Cidadã. Observatório de Segurança Pública.

## ■ INTRODUÇÃO

A Psicologia explica que a adolescência é o período de transformação na vida de uma pessoa é a fase onde os jovens estão sofrendo mudanças físicas e emocionais, se tornando dessa forma mais vulneráveis, tendem assim, contestar a ordem e as autoridades. Conforme Levisky (2000, p. 22):

É durante a adolescência que se tem uma segunda, e grande oportunidade, para se oferecer condições construtivas ou destrutivas ao desenvolvimento da estrutura da personalidade dos jovens, a partir da interação com a sociedade da qual fazem parte, e na qual vão buscar seus novos modelos identificatórios. Os jovens são vulneráveis e susceptíveis às influências oriundas do meio social. Buscam fora do núcleo familiar aspectos que desejam incorporar à sua realidade pessoal (.).

Desta forma, devemos observar que a maneira mais eficiente de mudarmos uma sociedade é amparando os jovens em sua idade mais vulnerável, a fim de conseguirmos criar mecanismos de defesa e afastá-los da criminalidade. A partir desta constatação, se definiu o tema a ser pesquisado.

O Observatório de Segurança Pública da Univille - OBSU em parceria com a Secretaria de Proteção Civil e Segurança Pública do Município de Joinville - SEPROT, realizaram essa pesquisa com o intuito de corroborar com as políticas públicas do Município e ao mesmo tempo com a produção acadêmica, realizando o armazenamento de dados quantitativos referentes a Segurança Pública no OBSU.

<sup>75</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Joinville – UNIVILLE. E-mail: pedro-mello25@hotmail.com.



A partir da pesquisa busca-se demonstrar onde as políticas públicas do Município de Joinville/SC devem atuar para reduzir o número das ocorrências de atos infracionais, principalmente, onde o Projeto Escola Cidadã, que visa contribuir para uma inclusão social de todos os jovens, por meio de práticas de esporte cultura e lazer, deve concentrar seus esforços.

Considerando estes aspectos, os estudos de atos infracionais cometidos por adolescentes revelam a importância e a necessidade de repensar as práticas preventivas e corretivas aplicadas atualmente. A importância de assisti-los integralmente nesses casos não só reforça a possibilidade de uma retomada saudável de seu processo de amadurecimento emocional e adaptativo, como possibilita um melhor entendimento em como fazê-lo (SPATZ, CARVALHO e WENTZEL, Web).

A partir da pesquisa podemos observar as idades dos adolescentes infratores, o nível escolar e quais as maiores ocorrências de atos infracionais registradas no Município no ano de 2018.

## ■ 1. ABORDAGEM GERAL DO PROBLEMA

O Problema hoje a respeito da Segurança Pública é em geral muito grave, observamos que a violência está instaurada em nossa sociedade, já não é possível medir suas consequências e deste modo, a cada dia que passa é mais difícil criar mecanismos de solução deste “mal” que nos afronta. A violência é estrutural e cultural, é um fenômeno presente em todas as sociedades e em todas as idades, níveis de escolaridade e classes sociais.

A violência em si é inerente a natureza humana, é algo que permeia historicamente a vida social e só pode ser explicado a partir de determinações culturais, políticas, econômicas e psicossociais, sendo assim, a única forma de encontrarmos resposta para as perguntas é por meio de pesquisar, entender onde tudo isso começa, quais são os primeiros atos infracionais/crimes que uma pessoa comete, onde os comete, para assim encontrar mecanismos de inverter essa realidade de um “único” adolescente e uma sociedade.

## ■ 2. ANÁLISE DOS DADOS

Em geral em nossa sociedade e principalmente na atualidade as pessoas se preocupam muito com status social, como estão posicionadas perante a sociedade, e hoje em dia tudo está diretamente ligado bens materiais. “As classes sociais exibem diferentes padrões de gosto e consumo cultural, e também do seu estilo de vida característico, fortemente relacionado ao consumo material, relacionados a compra de por exemplo alimentos e roupas (Social status and Cultural Consumption, pg 03 – Borduau, 1984). Sendo a adolescência a fase de vida em que a pessoa é mais vulnerável as influências do meio em que vive, é a fase onde há a interação superveniente de um “status social” consolidado, tendo o adolescente a necessidade de afirmar a sua ascensão social.

O individualismo tem sido afirmado como marca da sociedade contemporânea. A ele se submetem todos os protagonistas sociais, em particular os que vivem e circulam nas grandes metrópoles, açodadas pela competição e pelo consumo. Segundo esse modelo de análise, a sociedade do espetáculo (.), impõe subjetividades e forja modos de pensar, sentir e agir, sobretudo entre os jovens, segmento etário tido como o mais vulnerável aos apelos do individualismo. (GONÇALVES, 2005, p. 207).

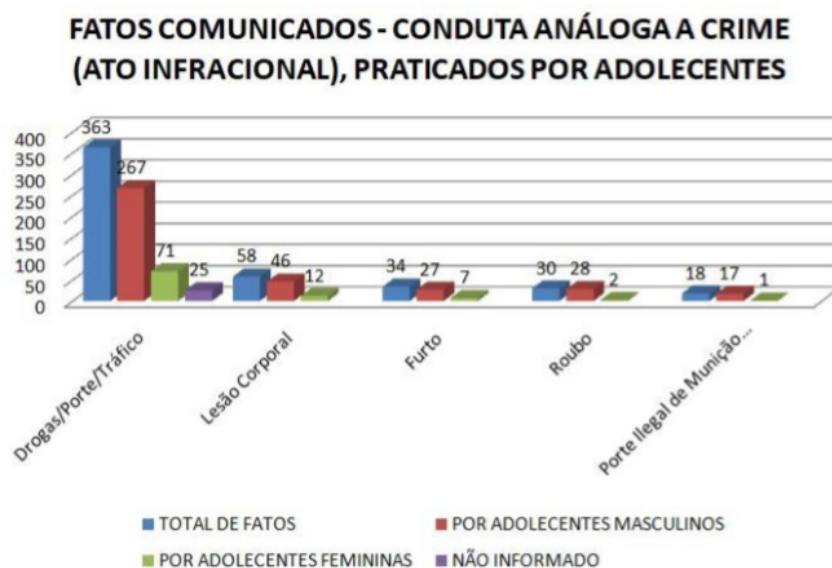
Hoje o que rege nossa sociedade é a ascensão social, é o consumo e obtenção de bens de materiais, observamos direta relação entre o maior índice de ato infracional cometido no Município e a tendência de ascensão social dos adolescentes infratores. Os dados obtidos por essa pesquisa demonstram que a maioria dos atos infracionais no Município de Joinville, são cometidos por adolescentes do sexo masculino com 17 anos, estudantes do ensino fundamental e 30% são relativos a posse ou tráfico de drogas, vejamos os gráficos:

Gráfico 1



Fonte: Ofício 139598/2019.

Gráfico 2



Fonte: Ofício nº 13598/2019

Através do exposto é fácil relacionar, a prática de ato infracional e a preocupação dos adolescentes com o “status social” comprovado o alto índice e influência das drogas. Atualmente, as drogas são moeda de troca de grande valia e garante uma geração econômica por parte daqueles que “trabalham com ela”, além de uma ascensão social garantida por meio da possibilidade de ter condições de comprar o que quer que seja, com essa renda, isso para interagir com a comunidade que vive.

Portanto, não importa a condição social, nos dias de hoje o “poder” está diretamente ligado a condição de “ter”. A condição econômica importa ao adolescente que deseja um bem material. Os bens tem “dominância social” possuem um certo “status” em sua comunidade, em seu grupo social. A disparidade social existe não apenas entre diferentes classes sociais e sim, analisando um contexto dentro das próprias classes, existe uma diferença entre os jovens de um mesmo grupo socioeconômico.

### ■ 3. PROJETO ESCOLA CIDADÃ

O Projeto Escola Cidadã desenvolvido pela SPROT, precisa desenvolver mecanismos de regular a “ascensão social” e retificar o significado de poder dentro da comunidade, fazer com que o “brilho dos olhos” dos infantes se esquive de uma dominância de comunidade transvestida de ato infracional. A vulnerabilidade do adolescentes precisa não ser atingida ao se deparar com uma vontade de “ter” e não de “ser”. Os adolescentes de nossa comunidade precisam ter em seu ideal, competências artísticas e noesporte, para a promoção e publicidade de políticas públicas voltadas a todos.

Dessa forma, importante pensar que nem todos partem de um mesmo início e a ascensão não deve ser utópica, os adolescentes precisam acreditar que o melhor ser reconhecidos por meio de atividades lícitas e interessantes. Através do esporte, da cultura, da educação, as políticas públicas devem ser inclusivas, ampliando a todos, e criando ícones a ser seguidos, que sejam de alguma forma e tenham uma dominância social tal qual aos que hoje se sobressaem por “ter” e com isso vão de forma cega e irresponsável para o movimento das drogas.

O Projeto Escola Cidadã é uma iniciativa da Secretaria de Proteção Civil e Segurança Pública, por meio da Unidade de Segurança Pública, em parceria com a Secretaria de Educação, e é realizado em conjunto com a Secretaria de Assistência Social, Secretaria de Esportes, Secretaria de Cultura e Turismo e Secretaria de Planejamento Urbano e Desenvolvimento Sustentável. As percepções e proposições dos diversos autores da comunidade escolar, tem o objetivo de contribuir para a construção de uma cultura de paz, privilegiando a escola com um local de reflexão e debate, e como instituição capaz de uma atuação mais direta e decisiva em benefício da sua comunidade imediata e da sociedade brasileira como um todo (Projeto Escola Cidadã, 2018).

Assim, a intenção do presente estudo é contribuir com a modelação e fixação desse projeto dentro da comunidade de Joinville/SC, para que ele tenha o melhor desempenho possível e contribua com a melhora da educação dos infantes Joinvilenses.

### ■ CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa constatou-se que as políticas públicas devem ser focadas na mutação do interesse do adolescente, afim de apresentar outras formas de “ascensão social”. Deve-se valorizar os adolescentes, inclusive, de forma econômica, àquele que se sobressai em nota, em eventos culturais, em eventos artísticos, vangloriar, mas não apenas focar nesses. Importante incluir àqueles que estão excluídos, buscando realizar projetos voltados para todas as áreas do conhecimento, valorizando o trabalho e o estudo, para a ascensão social. Assim, importante uma mudança na moeda de troca, pensar em todos os “nichos” sociais, entendendo

que há adolescentes que se interessam por estudo, outros por esporte, cultura e outros em trabalhar, em se profissionalizar. Logo, os projetos devem ser voltados a todos.

O art 3º do ECA estabelece que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990.) Deste modo, a tutela do Estado deve ser para todo e qualquer adolescente, sendo imperioso desmoralizar as drogas, que é motivo de ascensão e as políticas públicas devem demonstrar que há outras formas de dominância, invertendo o papel do “ter” carro, “ter” boné, “ter” colar, “ter” corrente, pelo “ser”.

Assim, não se pode deixar de incluir adolescentes de todas as comunidades, criando projetos diferentes para criar mecanismos de inclusão voltados a todos os membros da comunidade.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ABRAMOVAY, Miriam, **Violência nas Escolas**, UNESCO 2002.

CASTRO, Mary e outros, **Cultivando vida, Desarmando Violências: Experiências em Educação, Cultura, Lazer, Esporte e Cidadania com Brasília**: UNESCO, 2001.

JOINVILLE. Joinville cidade em dados 2018 - **Secretaria de Planejamento Urbano e Desenvolvimento Sustentável** - SEPUD PMJ,2018.

FRONTMATTER, (2010). In T. Chan (Ed.), **Social Status an Cultural Consumption**(pp.I-Vi). Cambridge: Cambridge University Press.

SANTA CATARINA. **Diagnóstico da Realidade Social da Criança e do adolescente no Estado de Santa Catarina**, Volume 2. Acessado em: 13 set 2019.

SANTA CATARINA, **Ofício nº 13598/2019**, Secretaria do Estado de Santa Catarina. 2019.

SANTA CATARINA. Projeto Escola Cidadã - **Secretaria de Proteção Civil e Segurança Pública** - SEPROT, 2019.

SPATZ, da Costa Larissa, CARVALHO Neiva Cristina, WENTZEL, Rafael. **Intervenção Psicológica Focal em adolescentes autores de ato infracional**. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S18065821200900020001](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S18065821200900020001).Acessado em: 12 set 2019.

# A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Rafael de Borba Silva<sup>76</sup>  
Janaina Silveira Soares Madeira<sup>77</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem como objeto analisar a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da redução da maioridade penal, traçando uma linha sobre o histórico da responsabilização do adolescente e a discussão jurídica em conjunto com argumentos favoráveis e contrários acerca do tema. A discussão apresentada é de extrema relevância, pois a redução da maioridade penal é debate recorrente nos dias atuais, havendo inúmeros Projetos de Lei para efetivar essa modificação, com grandes chances de aprovação, inclusive, com expressiva anuência e apoio popular. O objetivo geral do trabalho é compreender os principais argumentos a favor e contra a proposta de redução da maioridade penal, analisando a sua constitucionalidade. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfico e documental. O método é dedutivo com nível de aprofundamento explicativo. Os resultados da pesquisa apontam que não há consenso entre os doutrinadores acerca da (in)constitucionalidade da redução da maioridade penal, havendo, todavia, grande possibilidade da proposta ser aprovada no Congresso Nacional e considerada constitucional, principalmente devido ao apoio popular.

**PALAVRAS-CHAVE:** Redução da Maioridade Penal, Inconstitucionalidade, Direito da Criança e do Adolescente.

## ■ INTRODUÇÃO

É expressiva a discussão acerca do tema da redução da maioridade penal no Brasil. Nas últimas décadas o debate vem se tornando cada vez mais constante, além de haver inúmeros Projetos de Lei para efetivar essa modificação, com grandes chances de aprovação pelo legislativo e contando com expressivo apoio popular. Conforme pesquisa do Datafolha, divulgada em 14/01/2019 pelo jornal Folha de S. Paulo, 84% das pessoas que responderam são favoráveis à redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, apenas 14% são contrários à alteração da Lei e 2% são indiferentes ou não opinaram (G1, 2019).

Sendo assim, imperiosa a presente pesquisa, que se justifica pela análise das alterações dos critérios de maioridade durante os anos, na previsão de leis infraconstitucionais e na própria Constituição, além do clamor da sociedade, verificando-se, dessa forma, a possibilidade de se reduzir a maioridade penal.

Com isso, a problemática está na compreensão da constitucionalidade da redução da maioridade penal, tendo em vista que há duas correntes doutrinárias que divergem e se refutam com vários argumentos. Tais interpretações chegam a confundir aqueles que buscam uma resposta concreta sobre a possibilidade de se reduzir a maioridade penal ante as disposições da Carta Magna de 1988.

Portanto, o presente artigo tem o objetivo geral de compreender os principais argumentos a favor e contra a proposta de redução da maioridade penal, analisando a sua constitucionalidade. Para tanto, a primeira parte do estudo discorrerá sobre a evolução histórica da responsabilização

<sup>76</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE

<sup>77</sup> Professora Mestre da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

do adolescente em conflito com a lei. Na segunda parte, se destacará a imputabilidade penal e a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente na apuração do ato infracional, por fim, serão analisados os argumentos positivos e negativos acerca da possibilidade de redução da maioridade penal, dando ênfase na discussão da constitucionalidade e nos argumentos doutrinários.

## ■ 1. UM BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

A discussão acerca da necessidade de responsabilizar o adolescente em conflito com a lei remonta a Idade Média, com advento da Igreja Católica, eis que na Idade Antiga, em Roma, o poder paternal era absoluto sobre a família e, principalmente, aos seus filhos, que enquanto vivessem sob sua guarda, deveriam se submeter a ordens e decisões do pai, independentemente de idade, mesmo porque naquela época não havia distinção entre maioridade ou menoridade (LOPES, 2016, web). Os filhos não possuíam nenhum direito, sendo considerados como propriedade de seus pais.

Já na Idade Média, se iniciou a preocupação do Estado com os menores de idade, principalmente porque cabia a Igreja defender o direito à dignidade de todos, incluindo, assim, as crianças e os adolescentes. Dessa forma, havendo abandono dos filhos, por exemplo, os pais poderiam ser punidos espiritualmente ou corporalmente. Todavia, os filhos que eram concebidos fora da relação matrimonial, ou seja, fora do manto sagrado da Igreja, eram discriminados.

A preocupação com os menores de idade no Brasil já aparece nas Ordenações Filipinas, consideradas como o primeiro Código Penal que vigorou no território nacional. Em seu título CXXXV, subtítulo “*Quando os menores serão punidos pelo delictos, que fizerem*”, as Ordenações traziam a seguinte previsão:

Quando os menores serão punidos pelo delictos, que fizerem.  
 Quando algum homem, ou mulher, passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse.  
 E se fôr de idade de dezasete annos até vinte, ficara em arbitrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha.  
 E em este caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circumstanciasdelle, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malicia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, postoque seja de morte natural.  
 E parecendo-lhe que a não merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido.  
 E quando o delinquentefôr menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbitrio do Julgador de dar-lhe outra menor pena.  
 E não sendo delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Commum (PORTUGAL, p. 94, 1833)

Nas Ordenações Filipinas a responsabilidade penal se iniciava aos sete anos. Os menores de sete anos eram considerados inimputáveis, enquanto, os maiores de sete e menores de dezesseis anos, não poderiam receber pena de morte, mas, o Juiz podia considerar outra pena. Os infratores entre dezessete e vinte e um anos, poderiam receber a pena de morte, ou a critério do Juiz outra pena um mais branda.

O Código Criminal do Império do Brasil foi o primeiro Código surgido após a proclamação da Independência. Foi elaborado em decorrência da recomendação contida no art. 179, §18, da Constituição de 1824, que previa o quanto antes, a organização de um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade (SOUZA, 1858, web). A principal motivação do novo Código foi cortar o vínculo com as leis portuguesas, Lopes (2016, web) assim destaca:



Esse Código surgiu para trazer soberania ao Brasil, pois até então vigorava no país as Ordenações Filipinas, que eram muito rígidas e cruéis e vinculadas a Portugal, logo, era preciso novas perspectivas do direito penal brasileiro. Assim, o Código Penal do Império, inspirado no Código Penal Francês de 1810, em relação à imputabilidade foi fundado no critério biopsicológico, a fim de atribuir um indivíduo como penalmente imputável quando capaz de discernir sobre os atos praticados.

Neste contexto, com a vigência do Código Criminal do Império foi adotada a teoria do discernimento, alterando-se a responsabilidade penal para os 14 anos. A partir desse momento, o Juiz deveria avaliar se o menor de 14 anos de idade tinha discernimento dos atos que cometeu para assim ser punido ou absolvido como inimputável. Conforme Lopes (2016, web) quando o menor de 14 anos cometia um ilícito penal era avaliado seu grau de discernimento perante tal ato cometido, assim, respondendo penalmente por suas condutas como se adultos fossem, caso ficasse comprovado que no momento da ação possuía a capacidade de entender a ilicitude do ato. Há que se ressaltar, que os maiores de 14 e menores de 16 anos eram atribuídos responsabilidades, pois não passariam pelo critério do discernimento para imputação do delito e os menores de 21 anos gozavam de atenuantes pela idade.

Com a proclamação da República constatou-se, de imediato, a necessidade de o país ter uma estrutura jurídica-política própria e isso refletiu em um novo Código Penal e uma nova Constituição. O Código Penal da República foi criado em 1890 e manteve o critério do discernimento para aplicação de sanções aos menores infratores, porém a imputabilidade ficou reservada aos menores de nove anos de idade (LOPES, 2016, web). Assim, os menores de 9 anos eram inimputáveis, entre 9 e 14 anos se analisava o discernimento para responsabilização penal e os maiores respondiam como adultos.

Em 1927, foi instituído o Código de Menores - Decreto nº 17943-A, de 12 de outubro de 1927, chamado de “Código Mello Mattos” e foi assim denominado em homenagem ao seu autor, o jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, 1º Juiz de Menores do Brasil. Embora elaborado exclusivamente para o controle da infância abandonada e dos delinquentes infratores menores de 18 anos (art. 1º), o Código Mello Mattos seria, apesar disto, o primeiro diploma legal a dar um tratamento mais sistemático e humanizador à criança e ao adolescente, consolidando normas esparsas anteriores e prevendo, pela primeira vez, a intervenção estatal nesta delicada seara social (AZEVEDO, 2007). No dizer de Zanella (2017), essa é considerada a primeira lei brasileira dedicada a proteger a criança e o adolescente, já que até então, os menores em conflito com a lei eram responsabilidade do Juiz da Vara Criminal.

Conforme ressaltado por Westin (2015), com o Código de Menores de 1927, chegou-se aos 18 anos e a prisão de crianças e adolescentes ficou proibida, sendo que em seu lugar, teriam de ser aplicadas medidas para sua reeducação. Para os menores de 14 anos não havia processo, entre 14 e 18 anos poderia ser instituídas medidas, inclusive de internação e entre 16 e 18 anos poderiam ser submetidos à prisão, desde que separados dos adultos, nesse sentido pontua Mattos (2015):

Estabeleceu três divisões que classificam os menores criminosos da seguinte forma: a primeira engloba os menores de 14 (quatorze) anos, que não eram submetidos a qualquer processo; a segunda aborda aos maiores de 14 (quatorze) e menores de 18 (dezoito) anos, que não eram sujeitos a um processo penal, porém enfrentavam um processo especial onde se instituiu uma medida de internação que perdurava o tempo suficiente entre 03 a 07 anos à reeducação do infrator; e a terceira e última divisão, imposta aos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, autores de crime grave ou que eram considerados indivíduos perigosos, com estes era permitido conduzi-los a um estabelecimento para condenados de menoridade, ou ainda na falta deste, poderia remetê-los à prisão comum, desde que separados dos adultos.

Em 1940 passa a vigorar o atual Código Penal que abdica do critério biopsicológico e adota o critério cronológico e puramente biológico, estabelecendo, assim, a imputabilidade com a

maioridade, e fixando a idade penal em 18 anos, conforme assim disciplinado: “*Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial*” (BRASIL, 1940).

No âmbito internacional, em 1959, foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, com a adoção de princípios e valores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que serviram de base para a formulação da Doutrina da Proteção Integral.

Em contrapartida, no Brasil, em 1979, foi estabelecido o Novo Código de Menores - Lei n.º 6.697/79, reforçando uma política de contenção institucionalizada de corte militarista, legitimada como política de Promoção Social. Este Código já contém a doutrina da proteção integral, mas baseada no mesmo paradigma do menor em situação irregular da legislação anterior. Este Código apresentava um dispositivo de intervenção do Estado sobre a família, que abriu caminho para o avanço da política de internatos-prisão. O princípio de destituição do pátrio poder baseado no estado de abandono, através da sentença de abandono, possibilitou ao Estado recolher crianças e adolescentes em situação irregular e condená-los ao internato até a maioridade (PAES, 2013).

Somente a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que a doutrina da proteção integral passou a ser adotada no Brasil, marcando o início de uma nova fase, que no dizer de Paes (2013) pode ser chamada de desinstitucionalizadora, caracterizada pela implementação de uma nova política que se baseia numa legislação que rompeu com paradigmas anteriores. A partir da Carta Magna a criança e ao adolescente foram reconhecidos como sujeitos de direitos. Amin (2014) destaca que a Constituição trouxe mudanças significativas no ordenamento jurídico, tendo em vista a necessidade de reafirmar valores ceifados pelo regime militar e de atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e menos liberal.

Nesse sentido, a referida Carta Magna de 88 estabeleceu em seu artigo 228 a inimputabilidade dos menores de 18 anos como direito e garantia fundamental, dispondo o “*art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial*” (BRASIL, 1988). Assim, determinando que estas pessoas estão sujeitas às normas da legislação especial.

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembléia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990, reconhecido como o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, tendo sido ratificado por 196 países. O Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 24 de setembro de 1990 (UNICEF, web). Essa convenção foi de extrema importância, pois definiu quem é criança, resguardando a imputabilidade, todavia determinando a responsabilização dos adolescentes, conforme Mattos (2015) esclarece:

Em relação à maioridade penal o artigo 1º da Convenção sobre o Direito das Crianças, dispõe que “criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”. Tal convenção não impede que a imputabilidade seja determinada abaixo dos 18 (dezoito) anos, visto que não traz normas a respeito do assunto, e ainda, traz a possibilidade da imposição de penas privativas de liberdade para as crianças, conforme determinado em seu artigo 37, ficando assim, a critério dos países signatários desta convenção a fixação da idade penal e o tipo de pena a ser aplicada.

Em decorrência do texto constitucional de 1988, em 13 de Junho de 1990, ocorreu a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que é considerado o principal instrumento normativo do Brasil sobre dos infantes. Este Estatuto foi a resposta do Brasil à Convenção sobre dos Direitos da Criança da ONU, a fim de concretizar e dar forma aos deveres e direitos garantidos na Carta Magna e na Convenção ratificada. Neste sentido, D’Agostini (2003) esclarece:

O Estatuto da Criança e do Adolescente em resposta aos ditames da Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente, adotada pela Constituição Federal em seu art. 227 e com respaldo na normativa internacional em especial, as chamadas “Regras de Beijing” (Regras Mínimas das Nações Unidas para proteção dos jovens privados de liberdade) e as “diretrizes de Riad” (Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil”, estabeleceu uma nova forma de ver, de compreender e de atender o adolescente em conflito com a lei, aquele acusado da prática do ato infracional.”

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA uma nova visão foi implementada, trazendo a proteção integral aos menores de idade, independentemente de sua condição na sociedade, rompendo a visão do Código de Menores que tratava exclusivamente dos menores em situação irregular. Conforme essa nova visão implementada pelo ECA, restou a submissão a novos princípios jurídicos, tais como o Princípio da Prioridade Absoluta, da Proteção Integral, do Melhor Interesse, da Brevidade e Excepcionalidade, dentre outros.

Portanto, com a evolução das leis, o ordenamento jurídico brasileiro passou a reconhecer as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, assegurando, ao adolescente em conflito com a Lei o direito de ser submetido a um Tribunal especial, regido por uma legislação especial e presidido por um Juiz especial.

## ■ 2. A IMPUTABILIDADE PENAL E A APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A imputabilidade dos menores de 18 anos está prevista nos artigos 228 da Constituição de 1988 e, especificamente, no art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A imputabilidade, segundo Greco Filho (2013), é “a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente”. Sendo assim, a imputabilidade é fator essencial para a existência da culpabilidade.

O agente completamente incapaz é denominado “inimputável”. O agente inimputável não responde pelos atos da mesma maneira que o agente imputável, porém, não se exime integralmente dos efeitos da atribuição da autoria do fato. (CABRAL, 2015, web). Assim, a imputabilidade é presumida e a inimputabilidade precisa ser provada, no caso do menor de idade a prova pode ser feita com a certidão de nascimento.

O Código Penal declara quem são os penalmente inimputáveis, sendo esses os doentes mentais ou com desenvolvimento mental incompleto ou e que no momento era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, seja por ação ou omissão, os agentes em estado de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior e os menores de 18 (dezoito) anos.

Explicando mais sobre o conceito de imputabilidade, Jesus (2003) enfatiza que imputável é o sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento e que o Código Penal é fornecido indiretamente. Para Cunha (2016) a imputabilidade é a possibilidade de atribuir a um indivíduo a responsabilidade pela prática de uma infração penal. Já Raizman (2011) destaca que a imputabilidade reflete a incapacidade da pessoa para ser sujeito de imputação pela falta de compreensão da ilicitude, e, como se verá, quando, existindo a compreensão, não pode atuar em conformidade com esta.

A justificativa para que os menores de idade não enquadrem na inimputabilidade é a maturidade, conforme o tempo cronológico, ainda, que na prática os infratores tenham algum discernimento do que estão fazendo, o critério biológico é o fator determinante que presume de forma absoluta que o menor de 18 anos é inimputável por ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Nesse sentido explica Eluf (2003, p. 321):

É de se considerar que, no direito brasileiro, o critério para a fixação da idade em que o indivíduo atinge a maioridade, tomando-se capaz para todos os atos da vida civil, baseia-se

na presunção de maturidade psicológica e física (biopsicológica) para gerir a si próprio e aos seus negócios. Tal critério pode e deve variar de parâmetro ao longo do tempo, pois a sociedade e a cultura não são estáticas, isto é, não permanecem sendo sempre as mesmas.

Desta forma, os menores de 18 anos são inimputáveis na lei penal, todavia, não significa que estão livres de sanções. O próprio Código Penal, em seu artigo 27, esclarece que aqueles infratores que não completaram a maioridade irão ficar sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. A lei especial é o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que estabelece em seu art. 104, que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei”.

Conforme asseverado por Goffman, (2008, p. 221):

As providências referentes à prática de infrações penais por menores de 18 anos são de ordem penal, sendo atribuição do Juiz de Menores a aplicação de medidas administrativas destinadas a sua reeducação e recuperação. A legislação especial a que se refere o art. 27 do CP é, agora, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Dispõe esse diploma legal, no art.103, sobre a prática de ato infracional pelo menor, a que corresponderão às medidas específicas de proteção previstas no art. 101 para as crianças (até 12 anos) e estas ou medidas sócio-educativas mencionadas no art. 112 para os adolescentes (entre 12 e 18 anos), levando-se em conta as circunstâncias e a gravidade da infração. Os arts. 171 e segs. prevêem o processo de apuração de ato infracional atribuído a adolescente, com a garantia do devido processo legal (art. 110), permitindo-se a intervenção dos pais ou responsáveis e de qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide, por meio de advogado, com direito de assistência judiciária (art. 206). A medida mais severa de internação cessa compulsoriamente aos 21 anos (art. 121, parágrafo 5º).”

Sendo assim, aos menores de 18 anos se aplicam as disposições do ECA. Logo, diante da prática do ato infracional, que conforme o art. 103 do ECA é toda conduta descrita como crime ou contravenção penal, para as crianças até 12 anos incompletos, se aplicam as medidas protetivas disciplinadas no art. 101, do ECA e para os adolescentes de 12 a 18 anos incompletos se aplicam as medidas socioeducativas, conforme o art. 112 do ECA. Devendo ser considerada a idade à data do fato e resguardado todos os direitos individuais (art. 106-109 do ECA) e garantias processuais (Art. 110 e 111 do ECA).

Assevera Elias (p. 145, 2013) que “(.) sendo, à criança, seja qual for o ato cometido e independente de sua gravidade, somente poderão ser aplicadas as denominadas “medidas específicas de proteção”. A regra é absoluta e não admite qualquer exceção”. Enquanto, para aqueles que possuem 12 anos completos até 18 anos, responderão processo judicial e as medidas aplicadas são as socioeducativas. Destaca Maior Neto (2006, p. 378) que “adolescente infrator é sujeito a tratamento mais severo, sendo o rol de medidas expresso na legislação taxativo e sua limitação deriva do princípio da legalidade, sendo proibida a imposição de medidas diferentes das enunciadas na legislação”.

Portanto, os adolescentes em conflito com a lei deverão cumprir alguma das medidas estabelecidas no ECA:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I – advertência;
  - II – obrigação de reparar o dano;
  - III – prestação de serviço à comunidade;
  - IV – liberdade assistida;
  - V – inserção em regime de semiliberdade;
  - VI – qualquer uma das previstas no art. 101, I a
- (BRASIL, 1990).

A autoridade competente que aplicará a medida é o Juiz, conforme, inclusive, estabelece a Súmula 108 do STJ ao prever que “a aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do Juiz”. Assevera Elias (p. 155, 2013) que “(.) deve-se observar que as medidas socioeducativas serão aplicadas a critério do Juiz da Infância e da Juventude. Não há obrigatoriedade de aplicá-las, de acordo com o dispositivo em exame”.

Assim, o Estatuto da Criança e Adolescente atende a previsão da Carta Magna, fazendo com que uma lei especial estabeleça previamente sanções àqueles que são inimputáveis no Código Penal, separando em duas classes, crianças e adolescentes, correspondendo as medidas que deverão ser executadas.

### ■ 3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A Constituição de 1988 prevê expressamente a imputabilidade para os menores de 18 anos, mas, não exime esses menores de idade de sanções, eis que aqueles que serão sujeitos a norma da legislação especial, que no caso é o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Para analisar a possibilidade da redução etária na responsabilidade penal é necessário verificar a possibilidade de alteração da Constituição, estabelecendo o art. 60 da CRFB/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§1º A constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais

§5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Portanto, para alterar a Constituição imprescindível Emenda Constitucional, como evidencia Dantas (2013):

Reforma constitucional diz respeito à alteração da CF, por meio da promulgação das chamadas emendas constitucionais, nas hipóteses permitidas pelo poder constituinte originário. Guarda relação, portanto, com as efetivas modificações do texto constitucional, através da alteração, supressão ou acréscimo de normas constitucionais, nos termos expressamente fixados pelo texto constitucional. Trata-se, portanto, de inequívoca manifestação do poder constituinte reformador.

Assim, existe a limitação do poder de reforma constitucional, nesse sentido, destaca Britto (2003, p. 126):

A CF cria o Ordenamento, mas não o libera para crescer inteiramente à solta. Mantém o



Ordenamento sob tutela, como se ele fosse uma pessoa incapaz de sair da menoridade. Ainda que o Direito pós-Constituição *promane* de emenda ou revisão constitucional, esse Direito não pode atribuir a si mesmo aquilo que é a própria, *ratioessendi* formal da CF: existir como a norma *normarum*, a *Lex legum*, “o cântico dos cânticos”, na linguagem religiosa do Antigo Testamento.

Desta forma, muito se discute se a idade penal de 18 anos, estabelecida no texto constitucional de 1988, no art. 228, trata-se de cláusula pétrea. Há duas correntes doutrinárias que debatem o assunto. De um lado, doutrinadores que defendem em suas análises a impossibilidade de flexibilização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, uma vez que a Carta Magna reforça o tratamento especial que deve ser dado a essas pessoas em desenvolvimento, portanto, o objeto estudo seria cláusula pétrea. Nesse sentido, Dallari (2001) assevera que a previsão de tratamento jurídico diferenciado é um direito dos menores de 18 anos e, de acordo com o artigo 60, §4º, da Constituição, não poderá ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir garantias individuais. No mesmo sentido, Goffman, (2008, p. 221) aduz que:

(.) ninguém pode negar que o jovem de 16 a 17 anos, de qualquer meio social, tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos”. Todavia, a diminuição do limite de idade no Direito Penal comum conceberia um anacronismo na política penal e penitenciária brasileira e designaria a mistura dos jovens com delinquentes pertinazes.

Para Araujo e Nunes Júnior (2013) os direitos fundamentais não são só aqueles enumerados pelo Título II da Constituição, mas também em todo texto constitucional que contenham as características desses direitos fundamentais. Nesse sentido, Moraes (2005, p. 2176) expressa:

Assim, o artigo 228 da Constituição Federal encerraria a hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º, cuja possibilidade já foi declarada pelo STF em relação ao artigo 150, III, b (Adin 939-7 DF) e conseqüentemente, autentica cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, IV.” (.) “Essa verdadeira cláusula de irresponsabilidade penal do menor de 18 anos enquanto garantia positiva de liberdade, igualmente transforma-se em garantia negativa em relação ao Estado, impedindo a persecução penal em Juízo.

Por outro lado, há doutrinadores que se colocam de forma contrária a impossibilidade de alteração da maioria penal pela flexibilização das garantias fundamentais, entendendo que a redução não causará abolição de nenhum direito que seja cláusula pétrea. Corroborando com essa corrente, Nucci (2008, p. 281) argumenta:

A única via para contornar essa situação, permitindo que a maioria penal seja reduzida, seria através de emenda constitucional, algo perfeitamente possível, tendo em vista que, por clara opção do constituinte, a responsabilidade penal foi inserida no capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso, e não no contexto dos direitos e garantias individuais (Capítulo I, art. 5º, CF). Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias fundamentais do homem soltos em outros trechos da Carta, por isso também cláusulas pétreas, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, §4º, IV, CF, pois sabe-se que há “direitos e garantias de conteúdo material” e “direitos e garantias de conteúdo formal”. O simples fato de ser introduzida no texto da Constituição Federal como direito e garantia fundamental é suficiente para transformá-la, formalmente, como tal, embora possa não ser assim considerada materialmente.

No mesmo sentido, assevera Estefam (2012):

Como se sabe, as cláusulas pétreas encontram-se previstas no art. 60, § 4º, do Texto Maior, inserindo-se dentre elas as normas constitucionais ligadas aos direitos e garantias fundamentais (inciso IV). Para nós, a previsão da irresponsabilidade penal dos menores de 18



anos não constitui direito ou garantia fundamental. Isto porque, muito embora os direitos e garantias fundamentais que constituem cláusulas pétreas não se esgotem no âmbito do art. 5º da CF, todos aqueles relativos à matéria penal e processual penal encontram-se no citado dispositivo. Entendemos, então, que a norma contida no art. 228 do Texto Maior pode ser alterada, por meio de emenda à Constituição.

E, ainda, sustentando a idéia de redução da maioria penal Leiria (2007, web) pondera:

A Constituição, no artigo 60, §4º, inciso IV, dispõe que 'não será objeto de deliberação proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais. A expressão 'tendente a abolir' deixa implícita a idéia de um conteúdo mínimo inalterável, o que, evidentemente, não se confunde com a eliminação completa dos direitos e garantias individuais.

Portanto, apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos, deste modo, ante a necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, estaria justificada a restrições aos direitos fundamentais (SARMENTO e GALDINO, 2006, p. 293). No entendimento de Greco (2016, p. 500):

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioria penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV do § 4º do art. 60 da Carta Magna.

Desta feita, havendo diversos posicionamentos há que se analisar de forma mais detalhada os argumentos favoráveis e contrários à redução da maioria

### 3.1 Argumentos favoráveis à redução da maioria penal

Uma das teses mais difundidas para os apoiadores da redução da maioria penal é o discernimento, afirmando que o adolescente do mundo atual possui ciência de sua impunidade. Nesse sentido, Lenza (2017) aduz:

A sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor a ação popular e votar. Portanto, em nosso entender, eventual PEC que reduza a maioria penal de 18 para 16 anos é totalmente constitucional. O limite de 16 anos já está sendo utilizado e é o fundamento no parâmetro do exercício do direito de votar e à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano.

Conforme Reale (1999) o acelerado processo de comunicação dos tempos atuais justifica a mudança na idade limite da imputabilidade penal para dezesseis anos, uma vez que com essas informações, os agentes possuem ciência de sua impunidade. Para Saraiva (2002), em analogia entre maioria política e penal, entende que como o adolescente de 16 anos tem responsabilidade de votar, também, poderia possuir responsabilidade para responder criminalmente.

Na mesma linha de comparação nas responsabilidades para agentes com dezesseis anos, há quem entenda que a melhor solução para aferição de responsabilidade daquele que tenha dezesseis anos é o critério biopsicológico, destacando o entendimento de Barbosa (1992, p. 16):

O melhor critério é o biopsicológico, considerando-se que a idade de dezesseis anos é a idade de aquisição facultativa dos direitos políticos, (.) se a mulher casada se emancipa civilmente com o casamento aos dezesseis anos e se projeto de lei visa a que o maior de dezesseis anos possa dirigir veículos, não se compreende que não possa responder pelos atos ilícitos que porventura praticar.

Em consonância com os argumentos anteriores e de forma crítica as opiniões de clausula pétreia acerca da imputabilidade penal, Leiria (2007, web) assevera:

Ora, não se mostra minimamente razoável afirmar que o legislador constituinte quisesse ‘petrificar’ a idade de 18 anos como o marco inicial para a imputabilidade penal, já que estaria desconsiderando a evolução dos tempos em todos os aspectos sociais. Assim como a maioria civil foi alterada em razão dos avanços sociais e tecnológicos da sociedade, a maioria penal o pode ser.

Deste modo, conforme destaca Nucci (2012) diante da inimputabilidade o menor de 18 anos passou a se aproveitar de sua condição especial para cometer delitos, havendo o desenvolvimento mental que é acompanhado pela evolução dos tempos, isto posto possuem plenas condições de compreender seus atos e devem ser responsabilizados.

Nessa linha, atualmente, tramita no Senado a PEC 4/2019, que reduz a maioria penal para os 16 anos, sem exceção, em contraponto a PEC 33/2012, do ex-senador Aloysio Nunes Ferreira, que havia sido aprovada na Câmara dos Deputados e criava o chamado “incidente de desconsideração da inimputabilidade penal” para flexibilizar a lei nos casos em que menores de idade cometessem crimes considerados graves e assim fossem processados e julgados como adultos. Há, também, em andamento no Senado, outra proposta de redução da maioria penal de 18 para 16 anos nos casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte numa proposta de Emenda Constitucional (PEC 115/2015) que tramita no Congresso desde 1993 (PEC 171/2013).

Isto posto, para Capez (2005) a redução da maioria penal, portanto, é uma realidade, uma necessidade indiscutível, todavia, embora haja projetos de lei para viabilizar a redução da maioria penal, no entanto, há ainda muita resistência no seio da sociedade, dado a diversos aspectos (políticos, ideológicos, biológicos, psicológicos etc.) que envolvem essa mudança.

Sendo assim, para os defensores da redução da maioria penal, a insignificância da punição trazido no ECA, certamente, pode acarreta o sentimento de que “o crime compensa”, pois leva o indivíduo a raciocinar da seguinte forma: “É mais vantajoso para mim praticar esta conduta criminosa lucrativa, pois, se eu for descoberto, se eu for preso, se eu for processado, se eu for condenado, ainda assim, o máximo que poderei sofrer é uma medida socioeducativa. Logo, vale a pena correr o risco” (ARAÚJO, 2013).

### 3.2 Argumentos contrários à redução da maioria penal

Os doutrinadores contrários à redução da maioria penal não apoiam unicamente no argumento constitucional da cláusula pétreia. Conforme Mirabete (2007) a redução da maioria penal não é a solução para os problemas derivados da criminalidade infantil, visto que o cerne do problema da criminalidade se reluz em decorrência das condições socialmente degradantes e economicamente opressivas que expõe enorme contingente de crianças e adolescentes, em nosso país, à situação de injusta marginalidade social. Para Bandeira (2006, p. 198):

Não há dúvida que o adolescente de hoje está muito bem informado e melhor preparado do que o adolescente dos anos 70; entretanto, a questão não é só de informação, mas de formação; não é só de razão, mas de equilíbrio emocional; não apenas de compreensão, mas de entendimento. Indaga-se: será que o adolescente de 15 ou 16 anos age refletidamente? Será que pensa, antes de agir? Ou é, por excelência, inconsequente, por força mesmo de sua incompletude, de sua imaturidade? Somente o tempo é capaz de edificar mecanismos que habilitem o homem a refletir, a ponderar, a mensurar suas ações. O jovem precisa de tempo para amadurecer, como, ontologicamente, acontece com a fruta que ainda não amadureceu, e só dá no tempo certo. A natureza não dá saltos, isto é, *natura non facit saltus*, e a criança precisa de tempo para ser adolescente, e o adolescente precisa de tempo para ser adulto maduro.

Logo, resta evidente que o adolescente de hoje possui informação inequívoca acerca dos seus atos, mas a questão a ser analisada é a da maturidade, pois como salienta Maior Neto (2009) os adolescentes estão em fase de desenvolvimento e, com a redução da maioridade penal, perderão a oportunidade de se regenerar sem a promiscuidade da penitenciária de adultos, passando a conviver com a violência física, psíquica e sexual, podendo, inclusive, integrar a organizações criminosas, o que deixará o adolescente ainda mais revoltado e violento.

Corroborando com o argumento, quando preocupado com a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição 33/2012 no Senado Federal, o UNICEF (2017, web) declara:

Reduzir a maioridade penal não resolverá o problema de segurança e altos índices de violência. No Brasil, os adolescentes são hoje mais vítimas do que autores de atos de violência. São eles que estão sendo mortos em número alarmante. O país precisa se comprometer com a garantia de oportunidade para que suas crianças e seus adolescentes se desenvolvam plenamente, sem nenhum tipo de violência. Reduzir a maioridade penal não é o caminho para isso.

Ademais, sequer o fato de que criminosos recrutam adolescentes para prática de crimes é justificativa para a redução, mormente porque é certo que passarão a recrutar pessoas ainda mais jovens, dessa forma a redução será ineficiente. Nesse sentido, alerta Digiácomo (2009, web):

Embora o “recrutamento” de adolescentes para prática de crimes de fato ocorra, a redução da idade penal para dezesseis anos fará com que este patamar seja reduzido para quinze, quatorze anos ou ainda menos. Se tal argumento fosse válido para justificar a redução da idade penal, qual seria o limite etário a atingir, diante da utilização, pelo crime organizado de adolescentes cada vez mais jovens e mesmo de crianças? Hoje já se fala, em tom jocoso (mas não sem uma boa dose de ironia e preconceito), em “berçários de segurança máxima”, onde seriam colocados os bebês recém-nascidos que, por apresentarem um “perfil” ou uma “tendência natural” (devido, em especial, a uma condição sócio-familiar desfavorável) à prática de crimes. Evidente que não é este o caminho, sendo necessário o recrudescimento da repressão penal aos adultos que utilizam adolescentes e mesmo crianças para prática de crimes, através da alteração da Lei nº 2.252/54 (que dispõe sobre a “corrupção de menores”), com a previsão de penas mais rigorosas e mesmo da previsão de que semelhante conduta, independentemente de qualquer “histórico infracional” da criança ou adolescente, caracteriza “crime hediondo”, com todas as consequências daí advindas.

Afinal, como elucida Nucci (2015), mesmo sendo favorável à redução da maioridade penal:

Sob o ângulo da política criminal, não tem cabimento. Tendo em vista que os presídios se encontram superlotados para os maiores de 18 anos, a redução da idade penal implicaria, em particular ao Poder Executivo, maiores gastos com a ampliação do número de vagas, misturando-se adolescentes com adultos, muitos dos quais possuidores de penas muito elevadas. A contar com o descaso havido há anos em relação aos estabelecimentos penais no Brasil, tal solução está distante de se realizar.

Nesse contexto, não basta reduzir a maioridade penal e criminalizar o adolescente, sendo certo que a principal consequência dessa medida é a superlotação do sistema carcerário que já se encontra em péssima situação no país.

## ■ PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O interesse dessa pesquisa se deu após a reflexão do cenário atual das discussões jurídicas no Brasil, percebendo que a redução da maioridade penal é um tema que apresenta inúmeros debates ao longo dos anos, resultando em diversos estudos. Portanto, o texto se direciona a

lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

Com relação à abordagem qualitativa, Dezin e Lincoln (2006) ensinam que a palavra qualitativa implica uma ênfase sobre as qualidades das entidades e sobre os processos e os significados que não são examinados ou medidos experimentalmente, em termos de quantidade, volume, intensidade ou frequência. Assim, ressaltam a natureza socialmente construída da realidade, a íntima relação entre o pesquisador e o que é estudado, e as limitações situacionais que influenciam a investigação, enfatizando a natureza repleta de valores da investigação. E, assim, buscando soluções para as questões que realçam o modo como a experiência social é criada e adquire significado. Logo, a abordagem qualitativa satisfaz o ideal do texto, que tem pesquisa do tipo bibliográfico e explicativa.

Para Gil (2018, p. 27) “a pesquisa do tipo bibliográfico é elaborada com base em material já publicado. Tradicionalmente, esta modalidade de pesquisa inclui material impresso, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos”. E a sobre a pesquisa explicativa, Fernandes e Gomes (2003) asseveram que pode ou não prescindir de uma pesquisa descritiva, que descreva o relacionamento entre as variáveis e também uma modalidade de pesquisa que se utiliza basicamente de experimentos para inferir as relações de causalidade, a pesquisa experimental. Também se torna importante evidenciar a importância desse tipo de pesquisa para a ciência, uma vez que seu principal propósito é a busca de respostas para uma questão fundamental em qualquer ramo do conhecimento: o porquê, ou seja, as causas da ocorrência de determinado acontecimento.

O método empregado foi o dedutivo, pois se propõe a analisar uma premissa geral, abrangendo a contextualização histórica, bem como de técnicas e argumentos jurídicos. Assim, a presente pesquisa busca explorar o tema da redução da maioria penal, explicando os termos com base nas mais diversas obras científicas e buscando conclusões através de reflexões.

## ■ CONCLUSÃO

O presente artigo possuía como objetivo geral compreender os principais argumentos a favor e contra a proposta de redução da maioria penal, analisando a sua constitucionalidade. Assim, foram reunidos elementos para compreensão do tema nos dias atuais, refletindo-se acerca da evolução histórica da maioria penal no Brasil, analisando a responsabilização do adolescente ao longo da história até o reconhecimento como sujeitos de direitos, com direito a ser submetido a um Tribunal especial, regido por uma legislação especial e presidido por um Juiz especial.

Com a Carta Magna houve o acolhimento da doutrina da proteção integral e em consequência foi promulgado o Estatuto da Criança e Adolescente, fazendo com que uma lei especial estabelecesse previamente sanções àqueles que são inimputáveis e que pratiquem ato infracional, os separando em duas classes, crianças e adolescentes, correspondendo às medidas que deverão ser executadas. Para as crianças as medidas protetivas e para os adolescentes as medidas socioeducativas.

Assim, se partiu para as reflexões sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da redução da maioria penal, percebendo-se que não há consenso entre os doutrinadores, eis que muito defendem que a idade fixada de 18 anos é cláusula pétrea, portanto, inconstitucional e outros sustentam sua constitucionalidade, afirmando que os direitos fundamentais não são absolutos, deste modo, estaria justificada a modificação do texto constitucional.

Analisando os argumentos favoráveis e contrários, tem-se que os resultados apontam grande possibilidade da proposta de redução da maioria penal ser aprovada no Congresso Nacional e considerada constitucional, principalmente devido ao apoio popular. Não obstante,

outras pesquisas acerca do tema precisam ser realizadas, privilegiando a análise dos impactos dessa modificação no sistema carcerário que notoriamente está em colapso no país.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa R. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Katia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARAÚJO, Kleber Martins. **Pela Redução da Maioridade Penal para os 16 anos**. Disponível em: <http://jus.2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4578>. Acesso em: 10/06/2020.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional – 17ª Ed.** Verbatim, 2013.

AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus Reflexos na Legislação Posterior**. Monografia apresentada em 2007. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo\\_mello\\_mattos\\_seus\\_reflexos.pdf](http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf). Acesso em: 10/06/2020.

BANDEIRA, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas: Uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. 1. ed. Ilhéus: UESC, 2006. Disponível em: <http://www.uesc.br/editora/livrosdigitais/atos-infracionais-medidas-socioeducativas.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Menoridade penal**. RJTJESP, LEX - 138, 1992, p. 16.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 28/06/2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Publicado no DOU de 31.12.1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10/06/2020.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em 28/06/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 10/06/2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em 28/06/2019.

BRASIL. **Ordenações Filipinas nº 135 de 05/04/1451 / BC - Brasil Colônia**. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209388-livro-v-ordenacoes-filipinas-titulo-cxxxv-quando-os-menores-serao-punidos-pelos-delitos-que-fizerem.html>. Acesso em: 10/06/2020.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CABRAL, Felipe Renato Rodrigues. **Responsabilidade civil e penal dos inimputáveis**. Disponível em: <https://felipecabral94.jusbrasil.com.br/artigos/210364852/responsabilidade-civil-e-penal-dos-inimputaveis>. Acesso em: 30/10/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol.1.  
CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em Conflito com a Lei. & a Realidade!** Curitiba: Juruá, 2003.



- DALLARI, Dalmo de Abreu. **A razão para manter a maioridade penal aos 18 anos.** In: *A razão da idade: mitos e verdades* [S.l.: s.n.], 2001.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional / Paulo Roberto de Figueiredo Dantas.** – 2. ed. São Paulo: Atlas 2013.
- DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna. A disciplina e a prática da pesquisa qualitativa. In: DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna (orgs). **Planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens.** 2 ed. Porto Alegre: ARTMED, 2006.
- DIGIÁCOMO, Murillo José. **Redução da idade penal: solução ou ilusão? Mitos e verdades sobre o tema.** Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-255.html>. Acesso 01/05/2020.
- ELIAS, Roberto João. **Comentário ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 4ª edição. Saraiva, 2013.
- ELUF, Luiza Nagib. **A nova maioridade civil e os benefícios penais para menores de 21.** Revista Consultor Jurídico, 30 de abril de 2003. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2003-abr-30/maioridade\\_civil\\_legislacao\\_penal\\_brasileira](https://www.conjur.com.br/2003-abr-30/maioridade_civil_legislacao_penal_brasileira). Acesso em: 15abr 2020.
- FERNANDES, L. A.; GOMES, J. M. M. **Relatórios de pesquisa nas Ciências Sociais: Características e Modalidades de investigação.** ConTexto, Porto Alegre, v. 3, n. 4, 1º semestre 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/11638-39037-1-PB.pdf> Acesso em: Acesso 01 mai 2020.
- G1. **Datafolha: 84% se dizem a favor da redução da maioridade penal de 18 para 16 anos.** Publicado em: 14/01/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/14/84-dos-brasileiros-sao-favoraveis-a-reducao-da-maioridade-penal-de-18-para-16-anos-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 10/06/2020.
- GIL, Antonio Carlos. 1946 – **Como elaborar projetos de pesquisa/Antonio Carlos Gil. – [2.Reimpr.]**. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.
- GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** 4ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal Brasileiro. Parte Geral.** São Paulo: Editora Saraiva, 26ª ed., 2003.
- LEIRIA, Cláudio da Silva. **Redução da maioridade penal: por que não?** In: Migalhas 9 abr 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/37615/reducao-da-maioridade-penal-por-que-nao> Acesso em: 04 mai 2020.
- LOPES, Macial Shimada. **A história da maioridade penal no Brasil.** 2016. Disponível em: [marcelshimada.jus.brasil.com.br/artigos/314224092/a-historia-da-idade-penal-no-brasil](http://marcelshimada.jus.brasil.com.br/artigos/314224092/a-historia-da-idade-penal-no-brasil) Acesso em: 12/06/2019.
- MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto, In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 378.
- MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. **A entrega definitiva de adolescentes à criminalidade.** 2009. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/a-entrega-definitiva-de-adolescentes-a-criminalidade-cgmxihj79aqzlk2t2nuo5olv/> Acesso em: 01/05/2020.
- MATTOS, Marli Martins. **Redução da maioridade penal.** Ijuí: UNIJUI, 2015. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3575/CORRE%C3%87%C3%95ES%20MONOGRAFIA%202015-3.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30/10/2019.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 25ª ed., rev. e atual. São Paulo: editora Atlas, 2007.



- MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Redução da maioria penal não reduz criminalidade, afirma Guilherme Nucci**. In: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/reducao-maioridade-penal-nao-reduz-criminalidade-afirma-nucci>>. Acesso em: 05 jun 2020.
- NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo de direito** – 16ed. Saraiva Educação S.A, 2019.
- PAES, Janiere Portela Leite. **O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos**. Publicado em: 21/05/2013. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/oc%C3%B3digo-de-menores-e-o-estatuto-da-crian%C3%A7a-e-do-adolescente-avan%C3%A7os-e-retrocessos>. Acesso em: 10/06/2020.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3ª edição Ed. Método. São Paulo, 2008
- PORTUGAL. **Ordenações e leis do reino de Portugal: Volume 3**. ed Imprensa da Universidade: 1833. Disponível em:<<https://play.google.com/books/reader?id=jxYOAQAIAAJ&hl=pt>>. Acesso em: 29 out 2019.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica 1 Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos**. - 5. ed. - São Paulo : Atlas 2003. Disponível em: <[https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy\\_of\\_historia-i/historia-ii/china-e-india](https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india)>. Acesso em: 02 nov 2019.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Saraiva Educação S.A., 2017. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=IEJnDwAAQBAJ> Acesso em: 29 abr 2020.
- RAIZMAN, Daniel Andrés. **Direito Penal 1**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.
- REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva. 1990.
- SARAIVA, J.B.C. **Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SOARES NETO, Paulo Byron Oliveira Soares. **Responsabilidade civil: introdução conceitual**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/61088/responsabilidade-civil-introducao-conceitual>> Acesso em: 31 out 2019.
- SOUZA, Braz Florentino Henrique de. **Código criminal do Imperio do Brasil**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221763>> Acesso em: 12 jun 2019.
- UNICEF, **Convenção sobre os direitos da criança**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 03 de Nov 2019.
- UNICEF, **Reduzir maioria penal não resolve problema da violência, diz UNICEF**. ONU Brasil. 20 set 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/reduzir-maioridade-penal-nao-resolve-problema-da-violencia-diz-unicef/#:~:text=%E2%80%9CReduzir%20a%20maioridade%20penal%20n%C3%A3o,ag%C3%Aancia%20da%20ONU%20em%20nota.&text=Segundo%20essas%20normativas%2C%20os%20adolescentes,responsabilizados%20e%20tratados%20como%20adultos.>> Acesso em: 02 abr 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro.** In: Rev. TST, Brasília, vol. 79, nº 1, jan/mar 2013. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38644/003\\_veronese.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38644/003_veronese.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em 02 mai 2020.

WESTIN, Ricardo. **Crianças iam para a cadeira no Brasil até a década de 1920.** Senado Notícias, 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materiais/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeira-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>>. Acesso em: 01 nov 2019.

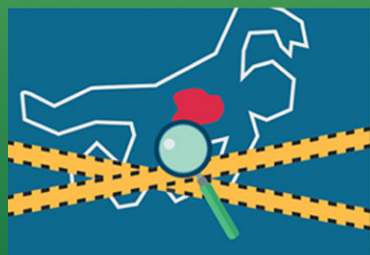
ZANELLA, M.; LARA, A. M. **O Código de Menores de 1927, o direito penal do menor e os congressos internacionais: o nascimento da justiça juvenil.** AngelusNovus, n. 10, p. 105 – 128, 16 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ranarticle/view/123947>> Acesso em: 01 nov 2019.

# SADU

IV Semana Acadêmica de Direito da Univille



## GRUPO DE TRABALHO: DIREITO DO TRABALHO E PREVIDENCIÁRIO



# O CONFLITO DE NORMAS APLICÁVEIS AOS TRABALHADORES DE NAVIOS DE CRUZEIRO

Elen Cristina Borges<sup>78</sup>  
Luis Felipe do Nascimento de Moraes<sup>79</sup>

**RESUMO:** O aumento na procura por trabalho em navios de cruzeiro, além da obrigatoriedade das companhias em contratar tripulantes brasileiros, têm levado profissionais a aceitarem emprego sem muitas garantias trabalhistas existentes na legislação brasileira. O tema do estudo se torna importante em razão de existirem interpretações jurídicas divergentes, bem como dúvidas na aplicabilidade da lei diante da relação de trabalho entre tripulantes brasileiros e empresas estrangeiras. O objetivo é analisar o conflito de normas aplicáveis aos trabalhadores de navios de cruzeiro. Para tanto se utilizou como método a pesquisa qualitativa com análise bibliográfica e jurisprudencial. Levando-se em conta o que foi observado, foi possível verificar que não existe um consenso no judiciário sobre qual legislação deve ser aplicada nos crescentes processos que chegam ao judiciário, havendo jurisprudências que corroboram ambas as vertentes. Por fim, é possível concluir que o Brasil possui uma oportunidade de encaminhar as discussões em torno do tema ratificando a Convenção MLC (*Maritime Labour Convention*).

**PALAVRAS-CHAVE:** Tripulantes. Conflitos de Normas Trabalhistas. Navios de Cruzeiro.

## ■ INTRODUÇÃO

O aumento de navios de cruzeiro em águas brasileiras e a promessa de remuneração em moeda estrangeira têm atraído muitos jovens para a prestação de serviços tanto no Brasil como no exterior. Diante deste cenário relacionando à globalização das relações de trabalho, essencialmente o Direito Internacional Privado e o Direito do Trabalho necessitaram de adaptações para atender ao que se demandam as novas relações de emprego.

Assim, o estudo busca entender os direitos trabalhistas que são passíveis de aplicação, avaliando-se as divergências entre as leis brasileiras, tratados internacionais e leis complementares.

É significativo para o desenvolvimento e construção da pesquisa compreender como o Tribunal Superior do Trabalho se pronuncia diante das contratações de tripulantes que prestam serviços em mais de um país, com parcela deste em território nacional, e jurisprudências relacionadas ao tema proposto que envolva o princípio da norma mais favorável e da condição mais benéfica ao tripulante brasileiro, elaborando a discussão sobre a competência na aplicação das leis, abrangendo o crescente número de ações ajuizadas por profissionais que, após terem seus contratos encerrados, entendem por certo que não lhes foram garantidos seus direitos.

78 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.  
Estagiária do escritório de advocacia Otero Advogados.

79 Professor Dr. do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

## ■ 1. A NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DAS NORMAS ESTABELECIDAS PARA EMPRESAS DE NAVIO CRUZEIRO

Com a globalização e a internacionalização do trabalho, surgiu a necessidade do estabelecimento de algumas normas para reger o tema. Uma delas foi o artigo 7º *caput* da Resolução Normativa nº 71/2006 do Conselho Nacional de Imigração – CNI, que define algumas diretrizes para que empresas estrangeiras possam trabalhar no Brasil. Uma destas obrigações é a determinação de se contratar 25% de tripulantes brasileiros para a companhia que eventualmente quisesse efetuar turismo no país (BRASIL, 2006).

Esta definição se manteve mesmo após a reforma da RN 71/2016, substituída pela RN 05/2017, com exceção do §1º que estabelece: “nas temporadas de 2018/2019, 2019/2020 e 2020/2021, o percentual de que trata o caput será de 15% (quinze por cento), com a perspectiva do aumento do número de embarcações de cruzeiro marítimo” (RN 05/2017). O dispositivo ainda trata no §2º que esta regra não se aplica às embarcações de turismo estrangeiras que realizem viagens entre portos internacionais ou nacionais por até 45 (quarenta e cinco) dias e que transportem majoritariamente turistas cujo embarque ou desembarque ocorra em portos estrangeiros (BRASIL, 2017).

No entanto as leis que deveriam regulamentar o trabalhador de navios de cruzeiro ainda não estão perfeitamente consolidadas a respeito de como proceder na contratação de tripulantes e sobre qual lei o contrato se estabelece, visto se tratar de empresas nacionais e internacionais conforme podemos verificar no tópico a seguir.

## ■ 2. O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO INTERNACIONAL E SUAS CONVENÇÕES COMO NORMAS NORTEADORAS

Em 1928 surgiu o Código de Bustamante, determinando que demandas judiciais fossem regulamentadas pela nacionalidade da embarcação (BOMFIM *et. al*, 2017). Tal recurso começou a apresentar problemas em relação às lacunas de legislação de alguns países, estabelecendo a chamada ‘bandeira de conveniência’, isto é, era utilizada a bandeira de um determinado país com o intuito de encontrar legislações fracas no âmbito trabalhista ou tributário (BOMFIM *et. al*, 2017).

Com a necessidade de uma solução para o combate às bandeiras de conveniência, a Organização Internacional do Trabalho – OIT passou a atuar diretamente neste cerne (TONIAL, 2018).

No ano de 2001, a OIT dedicou atenção especial na elaboração de normas marítimas constantes das convenções e recomendações no âmbito do trabalhador marítimo, já que este não tinha garantias de trabalho e segurança. Como resultado disso, em 2006, a Organização adotou a convenção consolidada sobre o trabalho marítimo (*Maritime Labour Convention - MLC*) como forma de contribuir para melhores condições de emprego para os marítimos (MARTINS, 2013).

A convenção sistematizou em um único dispositivo, normas decorrentes de determinadas convenções, sendo as principais adotadas pela Organização Marítima Internacional (OMI): a Convenção de Solas (salvaguarda da vida humana no mar), a Convenção Marpol (prevenção da poluição por navios) e a Convenção STCW (normas de formação, certificação e serviço de quartos para os marítimos) além da MLC (que vem para destacar a questão humana) (MARTINS, 2013). Além das mencionadas, existem outras leis e entendimentos jurídicos para tentar combater a chamada ‘bandeira de conveniência ou lei do pavilhão’, como podemos verificar no tópico seguinte.

### 2.1 O cancelamento da Súmula 207 e a aplicabilidade da lei 7064/82

A Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho definia que as relações de trabalho dos tripulantes de navio de cruzeiros eram estabelecidas pela *lex loci executionis*, ou seja, a lei aplicável

era a do local de prestação de serviços, portanto a bandeira do navio, e não o local da contratação do trabalhador, baseada no artigo 198 do Código de Bustamante (LARA *et.al*, 2013).

Assim ocorreu a possibilidade da aplicação da lei 7604/1982, com a finalidade de garantir os direitos trabalhistas e estimular o combate a lei do pavilhão, estabelecendo que, no caso de um trabalhador contratado no Brasil por empresa com sede dentro do país, deve ser aplicada a lei mais favorável para o mesmo (BOMFIM *et.al.*, 2017).

Porém nas relações de trabalho internacional não se estabelece apenas na lei brasileira, conforme se verifica a seguir.

## 2.2 O Conflito de normas trabalhistas no espaço

O Direito Internacional Privado do Trabalho estabelece suas características associadas ao conjunto de normas de direito público interno dos Estados, e diante disso, procura encontrar o direito aplicável utilizando de elementos de conexão com o intuito de encontrar a lei que melhor se aplica, sendo ela brasileira ou estrangeira, para casos em que é possível adotar diversas normas no mesmo caso concreto, ou seja, é possível verificar que para a solução do conflito é necessário a análise da lei a ser utilizada e a justiça competente (DEL'OMO *et. al.*, 2017).

Cabe ressaltar ainda que, segundo (MARTINS, 2013, p. 442):

O conflito de normas trabalhistas marítimas é temática pouco tratada na doutrina, e poucos precedentes jurisprudenciais se referem, em específico, aos contratos internacionais de trabalho marítimo. Considerada a escassez de referência, não há como se afirmar a efetiva prevalência de regras de conexão no Direito brasileiro [...]. Em uma visão pragmática, pode-se considerar, contudo, que se segue a tangente de aplicabilidade da lei brasileira ao contrato internacional de trabalho, se consolidada a jurisdição brasileira na resolução da lide trabalhista. Tem-se a tendência de incidência da *lex fori* com base nos preceitos emanados do art. 651 da clt e da Súmula n. 207, do princípio da territorialidade com fulcro no art. 198 ou, ainda, pela exegese emanada dos princípios favor *laboris* e pela natureza de ordem pública das normas trabalhistas (art. 17 da Lindb), sendo ainda constato precedente propugnando pelo princípio “the most significant relationship”. As teses de conexão *lex loci contractus* e *lex voluntatis* praticamente não são suscitadas. A teoria da primazia da lei da bandeira não encontra respaldo.

A aplicação da lei para casos de trabalhadores de navio de cruzeiros não está completamente pacificada existindo muitos conflitos entre o direito internacional e o direito do trabalho interno. A aplicação de tais normas está sujeita a algumas regras específicas, conforme se depreende no tópico abaixo.

## ■ 3. OS CONTRATOS DE TRABALHO NO BRASIL E NO EXTERIOR

O conceito de contrato de trabalho é definido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no artigo 442, como um acordo tácito ou expresso entre as partes, por prazo determinado ou indeterminado, correlato a relação de emprego.

Doutrinariamente é um negócio jurídico de direito privado entre pessoa física que se compromete a prestar serviços, diante do pagamento de remuneração por outra pessoa física ou jurídica. No entanto este conceito recebe críticas por parte de algumas doutrinas, pois apenas apresenta a relação jurídica entre as partes (NAZAR, 2007).

Os contratos de trabalho internacionais se fundamentam na relação jurídica de emprego com conexão internacional, ou seja, consideram a existência de um elemento de estraneidade, podendo ser o local da contratação, a nacionalidade, o local da prestação de serviços, entre outros (NAZAR, 2007).



Diante de tantas variáveis entre o Direito do Trabalho e Direito Internacional, existe um encontro jurídico trabalhista com o Direito Internacional Público, que leva a um importante ramo, o Direito Internacional do Trabalho. Através dele se apresenta a OIT, que estabelece normas universais que tornem mais justas e humanas as relações de trabalho. Neste sentido é necessário analisar a participação de um número crescente de estrangeiros e brasileiros no mercado de trabalho internacional, resultando em inúmeras ações na Justiça (DEL`OLMO *et. al.*, 2017).

Com o entendimento do Direito Internacional do Trabalho, as normas internacionais interferem nos direitos internos de cada país, e com isso verifica-se uma constante preocupação com as normas internas de proteção ao trabalhador, visto que o direito do trabalho tem cunho social, sendo perfeitamente relevante que as normas nacionais ou internacionais ultrapassem as questões que são ligadas apenas a condições de trabalho, alcançando também as questões sócio-econômicas (MAZZUOLI, 2018).

Para os casos concretos diante da lei brasileira, as contratações de tripulantes para laborar dentro e fora do país são previamente estabelecidas. Sobre esta questão é possível analisar nos próximos tópicos.

### 3.1 A competência trabalhista e jurisdição internacional diante do princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade estabelece que os contratantes possuam liberdade para contratar e regulamentar seus interesses, sendo eles sobre os efeitos e formas de contrato, com o intuito de estabelecer combinações, sem a intervenção do Estado (NAZAR, 2007).

No direito internacional do trabalho não se tem a mesma prevalência do princípio da autonomia das partes como no direito do comércio internacional. Existe um entendimento tradicionalista nos contratos que envolvem o direito do trabalho, sobre quais as regras são essenciais e não podem ser afastadas, ainda que seja pela manifestação entre a vontade das partes, salientando que existe a extrema necessidade da verificação da desigualdade e o desequilíbrio entre as partes, pois estes são muito grandes diante dos contratos de trabalho (MARTINS, 2013).

Porém existem teorias diferentes que difundem sobre a possibilidade de admissão do princípio da autonomia da vontade no direito material no contrato internacional de trabalho, sob a condição de não afetar a imperatividade das normas trabalhistas e os preceitos de ordem pública (MARTINS, 2013).

Diante da aceitação da autonomia da vontade entre as partes pelo DIPr como elemento de conexão, estando presente em convenções internacionais, a opção pela lei competente para regularizar é especial. A doutrina aceita casos em que, para contratos estabelecidos no exterior, seja indicada a lei brasileira. No entanto existe a necessidade de salientar a cautela para cláusula em contrato internacional no Brasil, pois algumas doutrinas brasileiras não são favoráveis a autonomia da vontade, visto que existem abusos na relação entre trabalhador e empregador, sendo necessário estabelecer o equilíbrio nas relações de trabalho (DEL`OLMO *et. al.*, 2017).

Contudo, as relações de contratos de trabalho marítimo, desde que não ocorra a violação da condição de proteção ao trabalho, podem ser objeto de livre negociação entre os interessados (MARTINS, 2013).

Há que se falar que no direito brasileiro mesmo diante da existência da lei 9.307/96 que trata da arbitragem, existe a limitação da autonomia da vontade entre as partes evidenciando alguns princípios aplicados ao direito do trabalho, e um deles trata do princípio da irrenunciabilidade ou da indisponibilidade, que dispõe que o empregado não pode renunciar por sua simples manifestação de vontade à direitos e vantagens que lhe são asseguradas a ordem jurídica, ocorrendo a possibilidade de prejuízo ao trabalhador tal renúncia, reconhece-se assim a arbitragem como uma desvantagem para o trabalhador na relação contratual (DELGADO, 2016).

Embora os contratos internacionais de trabalho aceitem as cláusulas de eleição do foro, é necessário verificar que para o direito brasileiro existe uma limitação, conforme análise do art.

114 da CF que aduz que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de relação do trabalho (MARTINS, 2013).

É necessário verificar ainda que o artigo 318 do Código de Bustamante indica o acatamento voluntário dos litigantes à Justiça de qualquer país, desde que uma das partes seja nacional ou nele domiciliada, ocorrendo o mesmo na jurisdição voluntária.

Apesar de existir filiações para os dois lados do entendimento, os contratos estabelecidos entre companhias internacionais e tripulantes brasileiros possuem normativas específicas conforme se apresenta no tópico a seguir.

### 3.2 Dos contratos com tripulantes brasileiros para prestação de serviço no Brasil ou transferidos para o exterior

Para os casos em que a contratação do tripulante brasileiro é efetuada no Brasil, com embarque, desembarque e trabalho exclusivamente no país, ainda que o navio seja de propriedade de empresa estrangeira, estas situações estão estabelecidas em lei. Brasileiros recrutados para efetuar seu labor no Brasil, apenas na temporada brasileira, devem ser contratados pela empresa de cruzeiros estabelecida no país. No caso de ausência da mesma, a contratação pode ocorrer pelo agente marítimo responsável pelas embarcações, sendo que o contrato de trabalho fica subordinado à legislação brasileira (RESOLUÇÃO NORMATIVA 05/2017).

O parágrafo único do artigo 7º da RN 05/2017 estabelece também que a chamada “temporada brasileira” compreende o período de 30 dias antes da partida do navio em direção ao primeiro porto brasileiro e 30 dias após a saída do último porto brasileiro, incluindo as ausências eventuais, para os casos de navios com rotas em portos internacionais como Uruguai, Argentina entre outros. A estadia brasileira de cruzeiros tem uma duração de 3 a 4 meses e os contratos de trabalho de tripulantes para cruzeiros possuem um tempo médio de 6 a 9 meses, o que ultrapassa o tempo da temporada brasileira (LIMA *et. al.*, 2010).

Ainda nas contratações de brasileiros para efetuar seu labor como tripulante de navio turístico, com prestação de serviços no país e no exterior, faz-se o uso do art. 9º da LINDB que estabelece como elemento de conexão a *lex loci contractus* ou *lex loci celebrationis*, que evidencia que a lei do local onde o contrato foi firmado deve ser a interpretação e o cumprimento do mesmo, ou seja, o local onde o contrato foi celebrado (MARTINS, 2013).

Embora o embarque dos tripulantes ocorra na Europa, a contratação ocorre em solo brasileiro, por meio de agências terceirizadas pelas empresas de navio cruzeiros ou por meio de representantes das mesmas, e a celebração do contrato ocorre no Brasil, portanto a lei estabelecida é a do local da contratação.

Ainda no mesmo sentido a lei 7.064/1982 (alterada pela Lei n. 11.962/2009) que trata dos trabalhadores transferidos para prestar serviços no exterior evidencia no artigo 3º, o seguinte:

A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:  
I - os direitos previstos nesta Lei;  
II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria [...] (Brasil, 2009).

Diante dos artigos 1º a 3º da lei 7.064/1982 é possível verificar que os direitos dos trabalhadores têm como base a legislação brasileira, ou seja, o trabalhador brasileiro não deixará de fazer uso dos seus direitos e garantias estabelecidas nas leis brasileiras.

Ademais se trata de uma linha de pensamento que vai ao encontro do princípio Protetor do Direito do Trabalho. Sendo ele o princípio essencial do direito do trabalho, este se desdobra em três: na condição mais favorável, no princípio do *in dubio pro operário*, e na condição mais benéfica. Em todos estes a fundamentação está na essência do direito do trabalho, no intuito de reparar

as desigualdades do empregado hipossuficiente em relação ao empregador, estabelecendo uma superioridade jurídica em favor do empregado (BARROS, 2011).

À margem do exposto acima, conforme menciona Martins (2013) existe a lei da bandeira (Código de Bustamante). Porém o direito brasileiro demonstra uma tese relativa sobre isto, estabelecendo que a mesma não é critério definitivo no caso de competência para os casos de jurisdição trabalhista tendo em vista o artigo 198º do Código de Bustamante.

O artigo trata sobre a legislação para acidentes de trabalho e proteção social do trabalhador devendo ser a territorial, sendo utilizado na Justiça do Trabalho para solucionar conflitos internacionais que compreendam a proteção do empregado (DELÓLMO *et. al.*, 2017).

Para estes tripulantes brasileiros a principal pergunta neste ponto que se deve fazer é: quando um trabalhador brasileiro passa por processo seletivo no Brasil, no entanto é enviado pra outro país e firma o contrato com empresa de cruzeiros internacional dentro do navio, para prestar serviços no território nacional e internacional, a este cabe ingressar com ação trabalhista onde? No país da embarcação ou no país onde foi efetuado o contrato de trabalho? Estes são os questionamentos que rondam o Judiciário como podemos verificar no tópico a seguir.

### 3.3 Da contratação de brasileiros a bordo de embarcação de turismo e o entendimento jurisprudencial

Com a contratação de um empregado em um determinado local, a prestação de serviço em outro local e ainda com domicílio em lugar completamente distinto, trás à evidência a possibilidade de aplicação de várias leis e com isso diversos entendimentos jurisprudenciais.

O entendimento jurisprudencial sobre tripulantes brasileiros contratados no Brasil, que embarcam no território nacional e efetuam seu labor exclusivamente no Brasil está pacífico, visto a existência da resolução normativa 71/2006 (5/2017) artigo 8 (5), que especifica que para casos de contratação nesta modalidade a norma que regulamenta a relação é a interna, ou seja, a brasileira (IALONGO, 2015).

Todavia para os casos em que os tripulantes são contratados em território nacional, que embarcam em portos nacionais ou internacionais, bem como os que efetuam seu labor em águas nacionais e estrangeiras, para estes o entendimento jurisprudencial não está pacífico, pois existe divergência de entendimento entre as turmas.

É possível observar na aplicação da legislação internacional, ou chamada lei do pavilhão, bem como efetuar o estudo do caso concreto conforme a jurisprudência proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho em 2019, onde as relações de trabalho não podem ser diferenciadas entre os tripulantes em um mesmo navio de cruzeiro, ou seja, todos devem receber as mesmas condições e ter as mesmas obrigações, desta forma deve prevalecer o entendimento da lei do pavilhão, visto que do contrario, haveria a quebra do principio da isonomia.

Trata-se inicialmente de um recurso de revista que foi interposto por parte das reclamadas (empresas) com intuito de modificar a decisão do TRT, no qual o juízo *a quo* fundamentou no artigo 3º da lei nº 7.064/1892, que o conflito de direito internacional privado, com relação à aplicação da norma trabalhista, deve ser resolvido pelo princípio da norma mais favorável. Não obstante o recurso foi conhecido sob o fundamento de que as empresas operam no ramo de cruzeiros internacionais que utilizam de força de trabalho de diversas nacionalidades, angariada muitas das vezes nos respectivos territórios de origem, bem como a possibilidade de submeter dois trabalhadores que exercem a mesma função, a regras distintas, ou seja, sendo necessário estabelecer uma regra geral a ser regida pela lei do pavilhão ou da bandeira.

Ainda consoante com as manifestações das reclamadas (empresas) pode se verificar que:

- II) As tratativas preliminares para a contratação de trabalhador, iniciadas em território brasileiro por empresa de agenciamento e arregimentação de trabalhadores para prestar serviço a bordo de embarcação estrangeira [...], pois a efetivação do contrato somente ocorre com a convergência de vontades das partes envolvidas. Agência de recrutamento atua

na aproximação das partes contratantes, sem que se torne parte nas relações de trabalho daí decorrentes [...]. O art. 3º da referida Lei se aplica na situação de empregado transferido para o exterior, hipótese que não se ajusta ao caso dos autos. A própria Lei nº 7.064/82 prevê a inaplicabilidade da legislação brasileira para o empregado contratado por empresa estrangeira (artigos 12 e seguintes). IV) Assim, a legislação brasileira não é aplicável ao trabalhador brasileiro contratado para trabalhar em navio de cruzeiro (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2019).

Neste contexto, apesar das contratações terem início através de agências que realizam o processo de recrutamento e contratação de trabalhadores brasileiros dentro do país, verifica-se que o nobre julgador não entende que a contratação ocorreu no Brasil, mas a sua efetivação deu-se no ato da assinatura do contrato que ocorreu dentro da embarcação em águas internacionais estabelecendo assim a vontade entre as partes. Portanto não ocorreu uma transferência conforme estabelece o artigo 3º da lei 7.064/82, não sendo possível a aplicação da lei pátria.

O entendimento para o caso mencionado foi unânime no sentido de considerar a aplicabilidade da lei que rege o contrato de trabalho à lei da bandeira do navio, visto que os trabalhadores de navio cruzeiros que efetuam seu labor em águas nacionais e internacionais possuem uma “relação contratual incomum”, pois prestam seus serviços diante de vários países e ainda com a coexistência de tripulantes de várias nacionalidades em um mesmo navio. Neste sentido não foi possível a aplicação da teoria do centro da gravidade.

Por fim entendeu-se que a legislação brasileira não poderia ser aplicada, pois haveria o risco no tratamento da tripulação ser diferenciado, ou seja, não sendo respeitado o princípio da isonomia, e ainda, desrespeitando o acordo firmado com a OIT que possui o intuito de estabelecer uma uniformização das normas do trabalho e ainda com a violação do direito internacional privado do artigo 178 da CF.

Por sua vez é possível verificar na próxima jurisprudência o entendimento contrário ao apresentado anteriormente, estabelecendo que a legislação a ser aplicada para os casos de tripulantes brasileiros deverá ser a lei interna.

Outra avaliação trata-se de um RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. CONTRATAÇÃO NO BRASIL PARA LABOR EM NAVIO DE CRUZEIRO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. TRANSCENDÊNCIA. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO), onde a reclamante (tripulante) foi contratada em solo brasileiro, tendo efetuado seu labor em águas brasileiras e em águas internacionais, concluindo o nobre julgador que o contrato de trabalho deve ser regido por legislação brasileira diante do princípio da norma mais favorável, não podendo valer-se de norma que possa frustrar a proteção legal ao acesso a mínima dignidade do trabalhador. Ainda o código de Bustamante no seu artigo 198º, expõe exceções, indicando que “também é territorial a legislação sobre acidentes e proteção social do trabalhador” sendo perfeitamente possível a aplicação de norma interna.

Ademais o nobre julgador entendeu ser possível a aplicação do princípio do centro da gravidade, muito embora o fato gere efeitos em outras ordens jurídicas, ele possui um único centro de gravidade, considerando que somente em um país o caso concreto gera maiores efeitos, ou seja, sua irradiação total ocorreu no Brasil.

Por finalizar, as reclamadas não podem fazer valer-se da aplicação da autonomia da vontade, ainda que no artigo 444 da CLT estabeleça que “as relações de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes, desde que não contrariem dispositivo de proteção ao trabalho”, o contrato não é válido para aplicar a legislação especial para solução de conflitos entre normas no espaço.

## ■ CONCLUSÃO

Ao se evidenciar a realidade jurídica dos tripulantes brasileiros de navios de cruzeiro no Brasil e exterior, e ainda, identificando as divergências entre as normas internas e as normas

internacionais, entende-se que atualmente não há um consenso no judiciário sobre a legislação que melhor se aplica aos casos que abarcam nos tribunais brasileiros. Existem jurisprudências favoráveis a ambos os sentidos, as que atendem ao trabalhador marítimo, e as que atendem as empresas contratantes.

O esclarecimento do tema no que tange às normas e legislações aplicáveis contribui para o efetivo entendimento a respeito da insegurança ante a aplicabilidade das leis nacionais e internacionais.

Apesar da existência da Organização Internacional do Trabalho que busca proporcionar um equilíbrio nas relações trabalhistas internacionais e o avanço conquistado com a promulgação da Convenção MLC (*Maritime Labour Convention*) estabelecida por ela, que teve como objetivo criar normas que visam reger as relações de trabalho marítimo internacional, até então inexistentes, o Brasil não ratificou a mesma, permitindo que no país o judiciário utilize a interpretação de leis e normas diversas para o julgamento dos processos trabalhistas.

Constata-se que, baseado nos estudos deste artigo, é possível o entendimento de que a solução mais apropriada para atender aos trabalhadores seja a ratificação pelo Brasil da convenção MLC (*Maritime Labour Convention*), garantindo aos tripulantes os mínimos direitos trabalhistas, sendo direcionada pela dignidade da pessoa humana e pelo princípio da isonomia nas sentenças, com o intuito de estabelecer a melhor aplicabilidade das leis diante da globalização das relações de trabalho.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2011.

BOMFIM, Bianca Neves; CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O trabalho realizado em navios e a aplicação da legislação material trabalhista**. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 80, n. 6, p. 680-684, jun. 2016. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/149131>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. **Resolução Normativa Conselho Nacional de Imigração no. 71**, de 05 de setembro de 2006. Disciplina a concessão de visto a marítimo estrangeiro empregado a bordo de embarcação de turismo estrangeira que opere em águas jurisdicionais brasileiras. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucaonormativa71.html>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho/Conselho Nacional de Imigração. **Resolução normativa 05, de 01 de dezembro de 2017**. Disponível em: <<https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Copenhague/en-us/file/RN%2005-2017.pdf>>. Acesso em: 02 ago.2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 7064, de 6 de dezembro de 1982. **Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7064.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7064.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 5452, de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 4657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR n. 1108-52.2011.5.18.0002. **Empregado contratado no Brasil para prestar serviços no exterior**. Lei brasileira. Relator Ministro João Oreste Dalazen. 30 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<https://trt2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/395679039/recurso-ordinario-ro-11930920135020036-sp/inteiro-teor-395679052?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 de out. 2019.



BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-1829-57.2016.5.13.0005. **Trabalho em navio de cruzeiro sob bandeira estrangeira. Pré-contratação no Brasil.** Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos. 01 de fevereiro de 2019. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/257376578/trt-7-judiciario-20-08-2019-pg-437>>. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.962, de 03 de julho de 2009. **Altera o art. 1º** da Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982, estendendo as regras desse diploma legal a todas as empresas que venham a contratar ou transferir trabalhadores para prestar serviço no exterior. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/L11962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11962.htm)>. Acesso em: 02 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-2166-64.2015.5.09.0014. **Recurso de revista da reclamada. Contratação no Brasil para labor em navio de cruzeiro internacional.** Aplicação da legislação brasileira. Relatora Desembargadora convocada Cilene Ferreira Amaro Santos. 21 de junho de 2019. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/2345850>>. Acesso em: 09 de out. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 15. ed. São Paulo: LTR, 2016.

DEL´OLMO, Florisbal de Souza; JUNIOR, Augusto Jaeger. **Curso de Direito Internacional Privado.** 12. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

IALONGO, Adriano. A aplicação do Direito do Trabalho brasileiro aos tripulantes de navios turísticos: contrato internacional ou CLT? Jul, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36191/a-aplicacao-do-direito-do-trabalho-brasileiro-aos-tripulantes-de-navios-turisticos-contrato-internacional-ou-clt>>. Acesso em: 17 abr.2019.

LARA, Jaqueline Cordeiro de; GOULART, Rodrigo Fortunato. **Conflitos de leis trabalhistas no espaço e o cancelamento da Súmula 207/TST.** Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, BA, v. 2, n. 2, p. 40-53, maio 2013. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/148210>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

LIMA, Daniela et. al. **Embarcações marítimas: legislação de imigração aplicável e suas particularidades.** Disponível em: <<http://www.emdoc.com/m/site/img/publicacoes/6.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**, volume I: teoria geral. Barueri: Manole, 2013. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho.** São Paulo: Atlas, 2007.

TONIAL, Maira Angélica Dal Conte; BARBOSA, Euclécio. **Contrato internacional de trabalho marítimo: a eficácia da lei mais benéfica no conflito de leis trabalhistas no espaço. Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia**, [S.l.], mar. 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9060>>. Acesso em: 19 abr. 2019.



# APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMO FERRAMENTA ALTERNATIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO TRABALHO

Joseane Sievert<sup>80</sup>  
Carlos Alberto Hartwig<sup>81</sup>

**RESUMO:** O objeto do presente artigo é a aplicação da mediação e arbitragem como ferramenta eficaz na resolução de conflitos no direito do trabalho. Tal estudo tem grande relevância porque versa sobre a aplicabilidade da mediação e/ou arbitragem nos conflitos individuais e/ou coletivos de forma célere, sendo benéfico para as partes envolvidas no conflito e para o sistema judiciário brasileiro, porque desta forma evita-se o acúmulo de processos na área trabalhista. O objetivo geral consiste em analisar se os institutos jurídicos: mediação e/ou arbitragem são mais eficazes, satisfatórios para os litigantes na esfera trabalhista. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com abordagem quantitativa e método indutivo. Este estudo evidenciou que a sociedade pensa e tem comportamentos distintos uns dos outros, o que torna ainda mais suscetível a ocorrência de conflitos e quando as partes não conseguem auferir êxito provocam o sistema judiciário na esperança de colocar fim ao conflito existente. Ao analisar se a aplicação do instituto de mediação e/ou arbitragem é uma ferramenta eficaz de resolução de conflitos no Direito do Trabalho, constatou-se que os dois institutos são eficazes tanto para o sistema judiciário porque proporciona o desacumulo de processos e torna a justiça mais célere, quanto para as partes porque promove a retomada de diálogo, a restauração do equilíbrio emocional e a tão esperada solução do litígio.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação. Arbitragem. Conflito. Direito Trabalhista.

## ■ INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo principal proporcionar a compreensão sobre a aplicabilidade da Mediação e Arbitragem como solução nos conflitos individuais e coletivos no trabalho de forma célere e pacífica. A primeira situação, a qual se tem em mente a respeito de conflito, é a brincadeira denominada “cabo de guerra”, cada um defende a corda que se encontra em seu espaço. Entrando no campo jurídico, o conflito surge quando as partes não querem renunciar algo, e não conseguem dialogar entre si, não auferindo nessa situação uma solução mais eficaz e harmoniosa.

O tema do artigo é suma importância porque tanto a Mediação como a Arbitragem são institutos jurídicos alternativos de solução de conflitos judiciais e extrajudiciais. Desta feita, pensa-se aplicar também na área trabalhista, objetivando maior celeridade na demanda, bem como evitar os conflitos pesados que existem na esfera judicial. Observa-se que as partes geralmente encontram-se desgastadas por não obterem êxito em resolver seus conflitos, entretanto, a Mediação e a Arbitragem contribuem para que o desgaste existente alcance seu fim, e o resultado possa ser mais benéfico entre as partes.

<sup>80</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: joseane.dir@outlook.com.

<sup>81</sup> Professor Mestre da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: profcarloshartwig@gmail.com.

## ■ 1. DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação de emprego pode ser entendida como o vínculo empregatício entre o empregado e empregador. Para que haja o vínculo empregatício são necessários alguns pressupostos, o art. 2º e 3º da CLT estabelece alguns pressupostos, dentre eles:

Não eventualidade, que pode ser definida como a continuidade de prestação de serviços que o contrato gera, permitindo ao empregado laborar todos os dias da semana.

A subordinação, que é a submissão do empregado as diretrizes “ordens” do empregador, que determina o lugar em que o trabalho é prestado, a forma de trabalho, o tempo “dia e hora” em que a atividade laboral será executada.

Onerosidade consiste na remuneração a ser recebida do empregador para o empregado. O empregado presta serviços ao empregador e recebe um valor pelas atividades que foram executadas. Logo, existe reciprocidade entre o empregador e empregado, de um lado a prestação de serviços pelo empregado e de outro lado, a prestação pecuniária paga pelo empregador.

Pessoalidade, requisito que é vinculado ao caráter pessoal da relação de emprego. Caso o empregado falte, não compareça para prestar serviços ao empregador, ele não pode enviar alguém em seu lugar para substituí-lo. Ou seja, a prestação de serviços só pode ser prestada pelo próprio empregado.

E por último, a alteridade na qual consiste em afirmar que o empregador responde por todos os riscos do contrato de trabalho em atividade de modo lucrativa. Impedindo que o empregador passe seus prejuízos para o empregado que é a parte hipossuficiente “mais vulnerável” da relação de emprego.

A relação de emprego é formalizada por um contrato entre o empregador- pessoa física ou jurídica e entre o empregado- pessoa física, caracterizada por requisitos de “não eventualidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade”. No qual, o empregador é aquele que contrata, estabelece a a atividade laboral a ser executada, a remuneração a ser paga. E o empregado com expressa anuência prestará os serviços ao empregador.

### 1.1 Da Denominação de Conflito Trabalhista

Na sociedade atual é inevitável não haver conflito, as pessoas pensam e agem diferente uma das outras e quando não conseguem compreender umas às outras, surge o conflito definido como um problema existente entre o empregador e empregado, sindicato patronais e sindicatos dos trabalhadores.

Nas palavras de Roxo e Bonaccorsi (2015 p. 222):

Neste sentido é preciso entender que o conflito é um fato natural e tem-se duas alternativas de interpretá-lo: entendê-lo como uma briga, que poderá levar a um ato de perigo, violência, no qual os envolvidos pretendem ser o vencedor; ou entendê-lo como um fato natural que deve ser solucionado pelo diálogo, cooperação (e não persuasão), de forma a cada um entender o outro e a posição que ocupa neste conflito, a fim de que haja uma solução mútua e não uma decisão com vencedor e perdedor.

Logo, o conflito não deve ser interpretado como uma briga que pode desencadear um ato de violência motivando uma disputa. Mas, como um fato natural que deve ser solucionado através do diálogo entre os conflitantes com a finalidade de haver uma decisão em consenso sem definir um vencedor e um perdedor.

## 1.2 Dos Dissídios Individuais e coletivos do Trabalho

O conflito é inerente a condição humana, diante de tantas situações existentes no convívio social é praticamente impossível não haver divergências entre as pessoas. No Direito do trabalho subsiste dois tipos de dissídios- o dissídio individual e o dissídio coletivo.

Dissídio individual de trabalho pode ser definido, nas palavras de Manus (2012, pág. 44):

As relações individuais do trabalho, são aquelas em que se considera a individualidade do empregado e empregador. Apesar de estarem estreitamente ligados de forma que um presta serviço ao outro sobre promessa de uma contraprestação pecuniária, cada empregado deverá estar atento ao seu salário, por exemplo, o que caracteriza a relação individual.

Logo, o conflito individual do trabalho ocorre entre o empregador (aquele que contrata a mão de obra do trabalhador) e o trabalhador (aquele que presta serviços ao empregador). O dissídio individual existe quando uma das partes se sentir prejudicada em relação a alguma situação de individualidade dentro da relação de emprego.

Já o dissídio coletivo ocorre entre os sindicatos patronais (que representam os direitos dos empregadores) e os sindicatos dos trabalhadores (que representam os direitos dos empregados). Diferente do conflito individual que ocorre somente entre o empregador e empregado. Ainda, o dissídio coletivo acontece após exauridas as tentativas de negociação entre os sindicatos patronais e os sindicatos dos trabalhadores, abre-se espaço para a intervenção do judiciário.

Assim compactua o entendimento de Martins (2016, p. 916):

Dissídio coletivo é o processo que vai dirimir os conflitos coletivos do trabalho, por meio de pronunciamento do Poder Judiciário, criando ou modificando condições de trabalho para certa categoria ou interpretando determinada norma jurídica.

Logo, trata-se dos dissídios coletivos de natureza econômica e dissídios coletivos de natureza jurídica. O primeiro refere-se a discussão das condições de trabalho como hora extra, férias e garantias. Enquanto o segundo refere-se a discussão de cláusulas legais/contratuais como a interpretação de leis já existentes.

### 1.2.1 Das Formas de Solução de Conflitos Trabalhistas

É viável que quando as partes envolvidas em um conflito não conseguem por si só chegar a um acordo, exista uma solução para o respectivo conflito. Objetivando colocar fim ao conflito, a legislação prevê meios alternativos de solução de conflitos, tais como: a) autodefesa; b) autocomposição; e b) heterocomposição (que possui a modalidade da mediação, arbitragem e jurisdição).

#### 1.2.1.1 Autodefesa

A autodefesa conhecida também como “autotutela” é um método de solução de conflitos prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas que consiste em a própria parte defender seus interesses. A autodefesa é uma das formas mais original de solucionar um conflito, na qual uma das partes envolvidas no conflito não abre mão de seu interesse e utiliza-se da força para defendê-lo, enquanto a outra parte apenas se submete.

No entendimento de Martins (2009, p. 48):

O conflito só é solucionado quando uma parte cede à imposição da outra. O Direito Penal autoriza a legítima defesa e o estado de necessidade, que são meios excludentes da ilicitude do ato (art. 23 do Código Penal). No entanto, não se admite o exercício arbitrário das

próprias razões para a solução dos conflitos entre as partes envolvidas. Como exemplos de autodefesa, no âmbito trabalhista, temos a greve e o lock-out.

Observa-se que a autodefesa não é muito aplicada nas diversas áreas existentes do Direito, contudo, no Direito Penal é aplicada na exceção de legítima defesa (para se defender de ameaça ou ataque) e estado de necessidade (diante de uma circunstância não prevista de perigo). Atualmente no Direito do Trabalho, a autodefesa é aplicada por meio de greves já que o lock-out (situação em que o empregador impede que o empregado entre no ambiente da empresa para laborar).

### 1.2.1.2 Da Autocomposição

A autocomposição é uma das formas de solução de conflitos trabalhistas que consiste em as próprias partes chegarem a uma solução para o conflito existente entre elas, denota-se que não há a intervenção de um terceiro na lide para decidir.

Nas palavras de Magano (1993, p. 214):

A mediação ou arbitragem são formas de autocomposição, que tomam por base o fato de que as próprias partes é que irão escolher uma pessoa para dirimir seus conflitos. Todavia, se entendermos que a preponderância é da existência de um terceiro para solucionar o conflito, como nos parece mais correto, iremos examiná-lo como forma de heterocomposição.

Logo a autocomposição pode ter interpretações distintas, uma delas é que a mediação e a arbitragem são formas de solução de conflitos denominadas autocomposição. Entretanto, quando se entende que o pressuposto para ser autocomposição é existir um terceiro que solucione o conflito, a mediação e a arbitragem é denominada heterocomposição.

### 1.2.1.3 Da heterocomposição

A heterocomposição é uma forma de solução de conflitos que consiste na intervenção de um terceiro que não possui nenhum vínculo com as partes envolvidas no conflito, este terceiro não tem interesse na lide existente, é ele que toma a decisão sobre o conflito. A subsistência de um terceiro não caracteriza a heterocomposição, este terceiro tem que intervir no conflito e decidir.

Neste mesmo entendimento, discorre Delgado (2002, p. 663):

A heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original. Em vez de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia, as partes (ou até mesmo unilateralmente uma delas, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida.

Logo, entende-se que a heterocomposição é um meio alternativo de solução de conflitos trabalhistas de forma pacífica que consiste na permissão dos conflitantes de que um árbitro imparcial decida as suas controvérsias. Em vez dos conflitantes chegarem a uma solução de consenso entre si, é o um terceiro que decide ou influencia a decisão a ser tomada a respeito do objeto que está sendo discutido entre os envolvidos.

## ■ 2. DA MEDIAÇÃO

A Mediação é um método que permite a solução das controvérsias entre as partes envolvidas no conflito por intermédio de um mediador, que tem por objetivo primordial de aproximar os

conflitantes com a finalidade de recuperar o diálogo. Posteriormente, busca-se tratar a controvérsia existente para que se obtenha uma solução sem a interferência necessária do mediador tendo em vista que os próprios envolvidos chegam a um acordo sozinhos.

Nas palavras de Langoski (2010, p.13) A mediação pode ser conceituada como um meio alternativo de resolução de conflito em que as próprias partes, com o auxílio de um terceiro – que irá facilitar a comunicação – buscam uma solução consensual para o problema.

Neste prisma, o método da mediação praticado por um mediador “imparcial” que se utiliza de técnicas específicas com o foco de reaproximar as partes e recuperar o diálogo. A mediação é eficaz considerando que os interessados em solucionar as controvérsias se encontram em desgaste e desequilíbrio emocional proveniente de tentativas frustradas em obter uma solução.

É importante entender o papel do mediador (terceiro imparcial) na mediação, assim contribui Didier Jr (2015, p. 276):

O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito.

Neste entendimento, o papel do mediador fazer a aproximação das partes envolvidas para que possam retomar o diálogo e chegar a uma solução para a respectiva controvérsia. O mediador apenas cumpre o papel de auxiliador para que os conflitantes compreendam as eventuais questões em conflito, bem como interesses em conflitos, as próprias partes conflitantes que chegam a um consenso, resultando na resolução do conflito.

A mediação subdivide-se em duas modalidades, a mediação judicial e a mediação extrajudicial. A primeira tem seu marco no novo Código de Processo Civil e na Lei de nº 13.140/2015 que disciplina a mediação. Se aplica quando já existe um processo instaurado e confere aos conflitantes a possibilidade de obter a resolução das demandas mais rápida do que a duração de um processo judicial e tem por objetivo evitar o acúmulo de demandas no sistema judiciário.

A respeito da Mediação judicial corrobora Tartuce (2015, p. 284): “Já no que tange a mediação judicial observa-se sua ocorrência quando já existe um processo instaurado, e o mediador será designado pelo próprio juiz da causa e deve possuir um cadastro prévio no Tribunal de Justiça em questão.”

Neste sentido, entende-se que somente quando as partes já provocarem a jurisdição, isto é, levar a questão ao órgão judicial, manifestar o interesse e ter a instauração de um processo, surge a opção de ter o conflito solucionado através da mediação judicial.

A segunda, também tem seu marco a partir da entrada em vigor da Lei nº 13140/2015 que dispõe sobre a mediação. A referida lei possibilitou a todos os interessados a resolução de conflitos através da mediação independentemente do intermédio da via judicial. A mediação extrajudicial pode ocorrer antes mesmo de existir um processo movido por uma das partes conflitantes, ou seja, na mediação extrajudicial não há necessidade da instauração de um processo.

Nas palavras de Tartuce (2015, p.280) a mediação extrajudicial pode ser definida como: “A mediação extrajudicial também pode ser chamada de mediação privada, e é aquela realizada por mediadores independentes ou por qualquer pessoa de confiança das partes, desde que ela seja capaz de realizar uma mediação.”

Deste modo, a mediação extrajudicial é aquela que ocorre dentro das instituições privadas, ou seja, não se realiza perante o poder judiciário tornando a resolução do conflito mais célere. Ademias, o poder decisório não se encontra nas mãos de um terceiro, evitando-se que esta decisão não seja aquela não desejada pelas partes conflitantes.

## 2.1 Arbitragem

Na Arbitragem, o terceiro decide o que deve ser feito, os conflitantes apenas devem cumprir, a arbitragem é eficiente tendo em vista que não há o que as partes ficarem discutindo, o que levaria muito tempo, basta cumprir a decisão imposta, entretanto, os conflitantes podem combinar algumas coisas.

Neste sentido, afirma Flenik (2009, p. 56) “Optando pela arbitragem, as partes também podem convencionar as regras a serem aplicadas para o caso em questão, ou que ela se utilize princípios gerais, costumes ou até mesmo a equidade, de acordo com o artigo segundo e seus parágrafos.”

Logo, quando os envolvidos no conflito optam pela solução de conflitos do na modalidade da arbitragem, o terceiro imparcial decide o que deve ser feito, os conflitantes apenas cumprem. Entretanto, a arbitragem permite que os conflitantes possam escolher algumas coisas/regras a serem aplicadas ao caso.

Tão importante quanto definir a arbitragem é discorrer sobre o papel do árbitro. De acordo com o art. 13 da Lei. 9.307/1.9, o árbitro pode ser escolhido a critério das partes ou ser eleito pela própria câmara de arbitragem para julgar a controvérsia apresentada. É delegado ao árbitro a função de um juiz para realizar todo o procedimento necessário até ao final do julgamento da lide.

## 2.2 Da previsão da Mediação e Arbitragem no CPC

O Código de Processo Civil foi sistematizado com o objetivo primordial de garantir uma prestação jurisdicional mais eficaz, facilitar o acesso à justiça e solucionar a problemática da crise do sistema judiciário. O Código de Processo Civil espera-se que as partes possam dirimir seus conflitos por meio de uma solução mais ágil e eficaz. Salienta-se que o CPC dispõe sobre Mediação e a Arbitragem em vários artigos, entretanto, sendo os mais importantes o art. 3º, § 3º e o art. 175 (dispõe sobre a mediação) e art. 3º caput/§ 1º, 237 IV (dispõe sobre a Arbitragem).

No que tange a respeito da Mediação, preceitua o art. 3º, §3º do CPC “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”.

Logo, os órgãos da Administração Pública Direta devem criar câmaras de mediação e sempre que possível fazer o máximo para que ocorra a mediação e outros métodos consensuais para solucionar os conflitos.

Já no que concerne ao instituto da Arbitragem, aduz o artigo 3º do CPC: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.” O Novo Código de Processo Civil rege-se pelo princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional autoriza que as partes escolham um juízo arbitral para resolver seus conflitos e evita discussões referentes a escolha do árbitro.

E No intuito de promover uma harmonização entre o juízo arbitral e o juízo estatal, o NCPC prevê a carta arbitral em seu artigo 237, IV, do CPC:

Será expedida carta: (...) IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área da sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela antecipada”.

Logo, a carta arbitral é uma inovação do CPC que é muito útil, tendo em vista que permite ao juiz estatal praticar algum ato processual dentro de sua competência territorial, por exemplo, na falta de alguma testemunha em audiência de processo arbitral, este juiz arbitral pode enviar a carta arbitral ao juiz estatal determinando que conduza coercitivamente a testemunha na próxima audiência. A carta arbitral é um instrumento de cooperação entre o juiz arbitral e o juiz estatal e que confere efetividade as decisões proferidas por intermédio do juiz arbitral.



## 2.3 Da previsão da Mediação e Arbitragem na CLT

O instituto da Mediação e Arbitragem além de ser previsto no Código de Processo Civil, é regulado ainda, pela Consolidação das Leis Trabalhistas, são considerados os artigos principais e/ou mais importantes 652-F e 507-A.

A respeito da Mediação, estabelece o art. 652-F “Compete às Varas do Trabalho: [...] f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

Logo, o art. 652-F da CLT traz a previsibilidade da utilização da Mediação para dirimir conflitos entre empregador e empregado ou entre o sindicato patronal e o sindicato laboral. É importante evidenciar que o referido artigo não menciona piso (valor) do acordo firmado entre as partes, desta forma extrai-se que a Mediação pode ter um objetivo mais abrangente na Justiça do Trabalho.

Ademais, é imprescindível observar o disposto no art. 855-B da CLT que determina “O processo de homologação de acordo Extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.”

Desta forma, basta que as partes tenham entrado em comum acordo para proporem a homologação do acordo extrajudicial. Entretanto, as partes não podem constituir o mesmo advogado, subsiste-se que as partes possuem ideias de interesses contrapostos, mas que conseguiram chegar a um consenso, assegurando a independência das partes na manifestação de vontade que auferiu como resultado um acordo.

E no que concerne a Arbitragem, o art. 507-A da CLT autoriza a utilização da Arbitragem no Direito do Trabalho em conflitos individuais desde que “a remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

Logo, a CLT autoriza a aplicação da arbitragem impondo o requisito de que a Remuneração não seja acima do que é definido e determinado no valor máximo para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

## 2.4 A Necessidade da Aplicação da Mediação e Arbitragem

Em meio ao caos do sistema judiciário, a atual crise marcada pelo acúmulo de demandas em todas as áreas processuais existentes nos órgãos judiciais, constata-se que é preciso haver mediação na resolução dos conflitos das respectivas áreas processuais. Com a possibilidade de dar ensejo ao estímulo de uma cultura de cooperação entre as partes, além de tornar célere a resolução do conflito quer seja individual ou coletivo. Assim, corrobora Flenik (2009, p. 52):

Contudo, crescente é irreversível a implantação destes sistemas alternativos, tanto pela sua eficácia quanto pela necessidade de se ter um mecanismo mais ágil e mais acessível para solução de controvérsias, haja vista o congestionamento do Poder Judiciário Brasileiro.

Neste prisma, ainda que a Justiça do Trabalho tenha destaque em ser célere comparado a outras áreas do Direito, averigua-se a necessidade da aplicabilidade de meios de resolução de conflitos que tenham mais celeridade (desacumular as instâncias judiciais trabalhistas) e mais eficácia (obtenção de um acordo entre as partes conflitantes) do que aguardar todo um processo que leva um bom tempo para ser solucionado.

## 2.5 Das vantagens da Mediação

Não existem dúvidas de que a aplicabilidade da mediação possui eficácia tanto quanto aplicada na resolução de conflitos no Direito do Trabalho quanto em resolução de conflitos em outras áreas do Direito. A mediação é vantajosa para as partes e para o sistema judiciário vigente que se encontra em crise nesta atualidade.

Assim, esclarece: Silveira e Piccini (2014, p. 15):

Diante do exposto, verifica-se a necessidade de promover a divulgação do método da mediação em nosso ordenamento jurídico, como meio de composição de conflitos e pacificação social, tendo em vista que, além de ser uma forte aliada do Poder Judiciário, representa para a sociedade um meio democrático de solução de conflitos, pois não apenas reduz o número de processos judiciais como incentiva uma transformação da atual cultura litigiosa para a cultura de cooperação entre as partes.

Deste modo, uma das vantagens mais importantes que a mediação oferece é que as partes além de solucionarem a controvérsia, permite-se que as partes possam reestabelecer a comunicação, que inevitavelmente previne a ocorrência de conflitos no futuro. Essa reaproximação (retomada de comunicação) dá a possibilidade de as mesmas partes terem conhecimento de como se comportar uma com a outra, agindo com mais facilidade em se colocar no lugar do outro.

## 2.6 Das vantagens da Arbitragem

Assim como o instituto jurídico da mediação, a arbitragem também proporciona benefícios tanto para o sistema judiciário marcado por acúmulos de demandas e tanto para as partes envolvidas no conflito. Uma das vantagens é a liberdade em escolher o árbitro, nas palavras de Flenik (2009, pág. 107):

Na arbitragem, as partes têm a faculdade de eleger o árbitro, cada um o seu, e ambos então elegem o terceiro árbitro, a fim de que não ocorra empate por ocasião da sentença. Não significa que a parte irá escolher o “seu melhor amigo”, ou pessoa que por algum vínculo lhe deva obrigação ou obediência. Tais escolhas seriam causa de impedimento e suspeição, e macularia a imagem do árbitro que aceitasse tal encargo, pois acima de tudo deve prevalecer sua independência e sua imparcialidade.

Logo, pelo fato de que as partes envolvidas no conflito podem escolher um terceiro imparcial para proferir uma decisão sobre a questão apresentada, a arbitragem é benéfica para as partes, deixando claramente expresso o direito de autonomia conferido aos conflitantes diferentemente do que ocorre em um processo judicial, que não confere as partes o direito de autonomia da vontade para escolher o juiz.

## ■ CONCLUSÃO

É indiscutível a situação atual em que o sistema judiciário brasileiro se encontra, marcado por excessos de demandas oriundas das diversas áreas do Direito, impossível o não alcance na área do Direito do Trabalho, principalmente porque existe uma população elevada na comarca de Joinville, na qual acarreta muitos conflitos individuais e/ou coletivos pertinentes ao trabalho.

O conflito surge entre duas ou mais pessoas originadas por pretensão resistida. É evidente que cada mente pensa diferente da outra e quando há essa contrariedade, se desencadeia o conflito. É de suma importância que o conflito seja compreendido como um fator natural do ser humano e não como uma disputa para determinar um vencedor, pois, se o conflito for interpretado pelas partes como uma disputa, a motivação será briga, salienta-se que não há um vencedor e outro perdedor, as duas partes sempre vencem mutuamente.

É exatamente neste cenário marcado pelo excesso de demandas no sistema judiciário brasileiro atual e conflitos individuais e/ou coletivos que se demonstra a necessidade da aplicação da mediação e/ou arbitragem, com o intuito de solucionar o conflito e beneficiar tanto o órgão judiciário quanto as partes envolvidas em conflitos no Direito do Trabalho.

O instituto da Mediação e da Arbitragem é eficaz e célere para dirimir controvérsias de natureza trabalhista. O primeiro instituto jurídico é exercido por um mediador (terceiro imparcial), que possui técnicas de reestabelecer o diálogo entre as partes e na sequência as próprias partes por meio de consenso mútuo obtêm uma decisão. Já o segundo instituto jurídico é exercido por um árbitro (terceiro imparcial, de confiança das partes), que decide a questão a ele apresentada, decisão com força de uma decisão judicial na qual não se admite recurso.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Mauricio Godinho. **Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro**. Revista LTr, v. 66, n. 6, p 666 São Paulo, 2002.

DIDIER, J.R. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivam, 2015.v. I

FLENIK, Giordani, Arbitragem **Trabalhistas nos litígios individuais**. Florianópolis: Insular. 2009.

LANGOSKI, Deisemara Turatti. **A pratica da mediação nos conflitos familiares**. Revista Síntese: Direito de Família, v. 12, n. 16, 2010.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 14 ed. São Paulo: Atlas,2012.

MARTINS MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ROXO, Tatiana; BONNACORSI, Amanda. **Mediação no direito do trabalho: a necessidade de adequação à luz dos princípios jus laborais**. Rev. de Formas Consensuais de Solução de Conflitos | e-ISSN: 2525-9679| Minas Gerais |v. 1 | n. 2 | p. 220-239| Jul/Dez. 2015.

SILVEIRA, Taís; PICCINI, Marta. **A mediação como meio alternativo de composição de conflitos e pacificação social no direito contemporâneo**. REVISTA DESTAQUES ACADÊMICOS, Lajeado, VOL. 6, N. 2, 2014 - CCHS/UNIVATES.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed., rev., atual. e amp. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p.15 e 16.

## REFORMA TRABALHISTA: MODERNIZAÇÃO OU PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS?

José Maria Magno Nunes Junior <sup>82</sup>  
Janaina Silveira Soares Madeira <sup>83</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem como tema o questionamento acerca da Reforma Trabalhista, no sentido de compreender se acarretou modernização ou precarização das relações laborais. O tema é importante em razão da necessidade de entender os reflexos das recentes mudanças no campo do Direito do Trabalho, que atingem a todos os cidadãos. O objetivo geral desse estudo é analisar se a Reforma Trabalhista acarretou modernização ou precarização das relações laborais, discorrendo sobre os tramites da reforma e as principais alterações efetivadas com a vigência da Lei nº 13.467/17. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica e o método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Com o presente artigo foi possível compreender que a Reforma Trabalhista acarretou alguns benefícios às relações laborais, relacionados principalmente a modernização de alguns institutos, não obstante, percebeu-se grande precarização das relações laborais, sendo certo que a Reforma Trabalhista não atingiu os fins propostos de retomada de crescimento econômico e geração de emprego.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reforma Trabalhista. Modernização ou Precarização das Relações Laborais. Direito do Trabalho.

### ■ INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho tem um papel de suma importância nas relações sociais, pois é responsável pela regulação do labor humano, indispensável a ordem social, sendo imprescindível a regulamentação da relação entre empregadores e empregados. No Brasil com a severa crise econômica e o desemprego em alta, atingindo seu ápice entre os anos de 2015 e 2017, o Direito do Trabalho foi apontado como um dos empecilhos ao crescimento econômico do país e a geração do emprego e renda. O pensamento comum da classe empresarial era que algo precisava ser modificado na legislação trabalhista, assim, as propostas legislativas com a finalidade de permitir uma maior flexibilização desses direitos ganharam força no Congresso Nacional.

Neste contexto, o presente artigo científico tem o objetivo de analisar se a Reforma Trabalhista operacionada com a Lei nº 13.467/2017, trouxe modernização ou precarização das relações laborais, uma vez que a Consolidação das Leis Trabalhistas foi substancialmente alterada com o advento da nova Lei. A pesquisa se justifica pela necessidade de se entender os reflexos dessas recentes mudanças, que atingem a todos os cidadãos, havendo diversos posicionamentos sobre seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir de Reforma Trabalhista, muitos institutos do Direito Material e Processual foram alterados. Assim, é de extrema importância compreender essas modificações legislativas, as novas interpretações, o posicionamento doutrinário acerca das flexibilizações e se os resultados esperados de modernização e no mercado de trabalho foram alcançados ou importaram em retrocesso para as relações laborais.

<sup>82</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

<sup>83</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

A Reforma Trabalhista representa um marco na história do Direito do Trabalho no Brasil. Essa transformação aconteceu de forma brusca, a partir do momento em que se buscava soluções para retomada do crescimento econômico e geração de emprego. Entretanto, alguns pontos são tidos como modernização e outros precarização. Logo, com o objetivo de compreensão essas dificuldades, o presente trabalho se propõe a identificar se o conjunto de mudanças operadas na legislação trabalhista importa em modernização ou precarização.

Para alcançar o objetivo da pesquisa, na primeira seção do artigo, caracterizou-se o contexto da Reforma Trabalhista e na segunda parte buscou-se pontuar as principais alterações operadas com a vigência da Lei nº 13.467/17, apresentando alguns dos entendimentos favoráveis e contrários as mudanças na legislação, a fim de ao final responder se o conjunto de mudanças operou a modernização ou precarização das relações laborais.

## ■ 1. A REFORMA TRABALHISTA OPERACIONADA COM A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/17

O Brasil vinha enfrentando uma profunda crise política e econômica, alcançando seu estágio máximo entre os anos de 2015 e 2017. Em consequência das chamadas pedaladas fiscais, foi aberto processo de impeachment em face da Presidente Dilma Rousseff, fora decidido pela cassação de seu mandato em 31 de agosto de 2016. Michel Temer que era o Vice-Presidente, vem a assumir o cargo, tendo a difícil missão de superar a maior crise econômica que o Brasil já enfrentara. No entanto, o novo Presidente, foi relacionado a vários escândalos de corrupção, conforme relata Munhoz (2018, p. 23) “as pesquisas de opinião pública apontavam as piores avaliações do Governo”, logo, sua popularidade era a pior possível.

Diante deste cenário político, os holofotes se voltam para o Congresso Nacional, nas palavras de Munhoz (2018, p. 23) “a proposta de reforma trabalhista foi lançada visando desviar o foco das denúncias que recaíam sobre o Governo”. O Presidente em exercício buscava agradar o empresariado, como forma de sustentação política, conforme pontua Reis (2019, web) “o mais interessante é que a reforma foi aprovada em um período curto de tempo, cerca de sete meses de tramitação, logo, nem deu tempo para a classe entender o que estava acontecendo”.

É nesse contexto, que foi aprovada a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com o intuito de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

O Projeto de Lei nº 6.787/2016, que seria convertido na Lei nº 13.467/2017, inicialmente, foi apresentado pelo próprio Governo, assinado pelo Ministro do Trabalho Ronaldo Nogueira, em dezembro de 2016, com a intenção de alterar apenas 7 (sete) artigos da CLT e alguns outros artigos da Lei nº 6.019/74. As razões do projeto se deram principalmente pela alegada necessidade de modernizar alguns institutos que estavam ficando ultrapassados, devido as novas realidades vivenciadas nas relações laborais, neste sentido, destaca-se a justificação apresentada pela Comissão Especial do Projeto de Lei:

(.) aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário (BRASIL, 2016).

Visando dar maior viés democrático ao Projeto, foi oportunizado o direito de manifestação de setores interessados, tendo sido realizadas 17 (dezessete) audiências públicas; 7 (sete) seminários estaduais e outras reuniões e debates. Não obstante, diversos setores da sociedade

criticaram duramente o texto da Reforma, que não foi debatido de forma ampla com a sociedade, principalmente, porque apresentadas mais de 850 emendas ao Projeto.

Em seu voto na Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/16, o deputado Rogério Marinho, relator na Câmara dos Deputados, enfatizou a necessidade de mudanças:

além do excesso de normas trabalhistas, elas são muito rígidas. E essa rigidez, por sua vez, provoca um alto grau de insegurança jurídica na contratação do trabalhador, fazendo com que, primeiro, o empregador tenha receio de contratar a mão de obra e, depois, que investimentos importantíssimos para o crescimento do País sejam direcionados a outros países (BRASIL, 2016).

Por outro lado, durante a audiência pública da Comissão Especial o deputado Wadih Damous afirmou que a proposta tem fatores de precarização exacerbada e que as mudanças sugeridas pelo Governo não vão resultar em aumento do emprego, mas em estímulo à informalidade, aduziu que “esse projeto abre espaço para o bico. Bico não é emprego digno” (BRASIL, 2016).

Em tempo recorde a Reforma Trabalhista foi aprovada, trazendo profunda modificação na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), sendo alterados mais de 100 artigos, e a principal justificativa foi de adequar as leis trabalhistas aos tempos modernos. Para Godinho (2019, p. 157) “a nova legislação, de maneira célere e compulsiva, deflagrou agressivo processo de desregulamentação e flexibilização trabalhistas, completado por severas restrições ao acesso à Justiça do Trabalho por parte do trabalhador brasileiro”. Ainda, no dizer do autor houve prejuízo de forma clara a classe trabalhadora, se apresentando, assim, como um retrocesso social para os trabalhadores.

Na mesma linha, Reis (2019, Web) destaca que “em nome de uma falsa modernização, o Congresso alterou mais de 117 artigos da CLT e das Leis 8.213/1991, 8.036/1990 e 13.429/2017; modificações que, em sua maioria, têm o intuito de fragilizar ainda mais as leis trabalhistas”. Para Ferreira e Freitas (2019, web) os argumentos que serviram de base para a reforma não procedem eis que “pode-se modificar o direito do trabalho e, em certos momentos, até mesmo, alterar o seu eixo, mas em hipótese alguma será possível realizar a troca do cerne por outro. Não se pode alterar o fundamento basilar que é a proteção”.

O sistema jurídico brasileiro a partir de 1988, elencou os valores sociais do trabalho como direito fundamental, conforme salienta Pimenta, Rocha e Souza (2019, web) é indissociável a relação entre o trabalho e a concretização de toda uma gama de direitos, sendo certo que o Constituinte Originário cuidou de estabelecer e regulamentar direitos trabalhistas com a estatura de direitos fundamentais, buscando sempre a proteção do trabalhador. Logo, no dizer dos autores “quaisquer alterações nas normas infraconstitucionais sobre a matéria devem ser analisadas com muito cuidado, de forma a verificar se elas, direta ou indiretamente, não aniquilaram seu conteúdo minimamente aceitável, acarretando flagrante inconstitucionalidade”, o que de fato não ocorreu na aprovação da Lei 13.467/2017.

Em contraponto, a entidades empresariais comemoraram a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, no entender da Confederação Nacional da Indústria (CNI), a Lei 13.467/17 representa “o almejado avanço na construção de relações do trabalho modernas e alinhadas com a economia do século 21”. O presidente da Fiesp acentuou, em nota, que o Brasil está “maduro para viver uma nova forma de relação entre trabalhadores e empregadores, que será positiva para todos” (GRANDA, 2017).

Sendo assim, a reforma trabalhista operacionalizada com a aprovação da Lei 13.467/17 acarretou diversas modificações em institutos do Direito Material e Processual Trabalhista, sendo importante analisar a Reforma Trabalhista considerando as bases do Direito do Trabalho. Como assevera Martinez (2019, p. 67) “no que diz respeito especialmente ao direito laboral, é de registrar que a Carta de 1988 reconheceu o valor social do trabalho como fundamento da República (art. 1º, IV), oferecendo por essa razão, uma especial proteção aos direitos sociais (art. 6º)”. Portanto, o Direito



do Trabalho é fundamentado na proteção do trabalhador, considerado a parte hipossuficiente na relação. No dizer de Martins (2018, p. 55) “o empregado não é igual ao empregador e, portanto, necessita de proteção” e para Garcia (2019, p. 39), o Direito do Trabalho deve trazer “disposições de natureza tutelar à parte vulnerável, em regra economicamente mais fraca da relação jurídica, de forma a possibilitar uma melhoria das condições sociais do trabalhador”.

O sistema de proteção estampado na Constituição Federal de 1988, constitui um núcleo para todo o sistema jurídico brasileiro, sendo o direito laboral uma garantia fundamental estando protegido por cláusula pétrea. Assim, como destaca Silveira (2019, web) “deve-se ter claro que a relação trabalhista é firmada pela valorização do trabalho humano, princípio da proteção, não retrocesso social e irrenunciabilidade, prevenindo eventuais disparidades e desequilíbrios na relação trabalhista”.

Neste íterim, o presente artigo destaca algumas das modificações mais relevantes operadas com a Lei 13.467/2017, a fim de compreender as novas interpretações e flexibilizações e concluir se trouxeram modernização ou retrocesso para as relações laborais.

## ■ 2. PONTOS EM DESTAQUES DA REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARTIGOS ALTERADOS E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES LABORAIS

A Reforma Trabalhista alterou tanto o Direito Material do Trabalho, como, também, o Direito Processual Trabalhista e no dizer de Delgado (2017, p. 286), “tais mudanças normativas foram concentradas no interior da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT”. Assim, no presente artigo serão analisados os principais e mais polêmicos pontos da Reforma Trabalhista que alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas, elencando alguns prós e os contras exteriorizados por operadores do direito, a fim de demonstrar os principais reflexos nas relações laborais.

Atentando a ordem cronológica dos artigos alterados, inicialmente, se destaca a significativa mudança no que se refere ao reconhecimento de grupo econômico no direito trabalhista. O art. 2º, §3º da CLT reformada restringiu a caracterização do grupo econômico, prevendo a necessidade de se demonstrar o interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas integrantes. Para Munhoz (2018, p. 33), o novo texto exclui a caracterização do grupo econômico pela simples existência de sócios comuns entre as empresas, o que contraria parte da jurisprudência existente até a vigência da Lei 13.467/17. Assim, essa alteração trouxe maior dificuldade na caracterização da existência de grupo econômico e, portanto, na responsabilização de outras empresas interligadas pelos débitos trabalhistas, representando uma modificação prejudicial aos direitos dos trabalhadores.

Já a inclusão do §2º, no art. 4º, da CLT, que eliminou o cômputo do tempo à disposição do empregador como hora extra para Munhoz (2018, p. 39), “não enfrenta qualquer limitação de natureza constitucional. Configura norma bastante razoável, pois ninguém gostaria de pagar para alguém lhe prestar serviços, valores por tempo dispendido pelo contratado em seu interesse pessoal e que não diga respeito ao trabalho pactuado”.

De forma geral, imperioso destacar a alteração do art. 8º da CLT, com a inserção de parágrafos, que fixou parâmetros para a formulação e aplicação das jurisprudências dos Tribunais regionais e TST, o que, na prática, objetiva limitar o poder das súmulas trabalhistas. Para Silva (2017), o legislador alterou a redação desse artigo, unicamente e exclusivamente, para censurar o papel que o TST exercia na interpretação das normas trabalhistas, assim, a nova redação para muitos doutrinadores fere a autonomia do órgão judiciário, todavia, para outros é necessária e pontual posto que não cabe ao judiciário criar lei, mas sim aplicá-las.

A Reforma Trabalhista modificou substancialmente, também, o art. 10 da CLT, acrescentando a letra “a”, prevendo que o sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada, ainda, ordem de preferência.

Tal situação trouxe alteração significativa nos entendimentos acerca da sucessão de empresas na Justiça do Trabalho, eis que até a vigência do dispositivo não importava as alterações na empresa, sendo uma situação comum o antigo sócio ser chamado para responder por débitos trabalhistas, mesmo após longo tempo de desligamento, o que gerava maior segurança ao crédito trabalhista. Em contraponto, de acordo com Cavalcante e Val (2018), a antiga redação dava insegurança jurídica a empregadores e empregados e a nova redação, que agora traz que o sócio retirante responde subsidiariamente, somente pelo período em que figurou como sócio e somente em ações ajuizadas em até dois anos de sua saída, traz mais segurança e clareza à rotina das empresas e seus funcionários.

O art. 11-A trouxe para o ordenamento jurídico trabalhista a prescrição intercorrente, instituto que, como lembra Delgado (2017, p. 114) “tem sido considerado incompatível com o processo do trabalho, em conformidade com a jurisprudência trabalhista até então dominante (Súmula 114, TST)”. Portanto, tal modificação importa em nítida precarização aos direitos do trabalhador, que poderão ser fulminados pelo instituto da prescrição, antes não aplicado na seara trabalhista, sendo imprescindível, a partir de agora, um maior cuidado das partes para que não ocorra sua aplicação e assim a extinção do crédito trabalhista pela via da prescrição intercorrente.

A inclusão dos arts. 62, III e 75, “a” a “e” na CLT gera polêmica. A intenção por certo atende a modernização buscando a regulamentação do teletrabalho, o que, inclusive, é defendido por Krost (2018, p. 104):

Para além de questões tecnológicas e financeiras, mostram-se imensuráveis os ganhos sociais trazidos pelo teletrabalho ao permitir uma maior inserção no mercado formal de pessoas Portadoras de Necessidade Especiais (PNE), ao tornar desnecessário o deslocamento diário da residência à sede do empregador.

Não obstante, Delgado (2017, p.138), faz uma importante ressalva no que concerne a possibilidade de descaracterizar esse regime:

Naturalmente que, sendo excessivos ou preponderantes esses comparecimentos ao estabelecimento empresarial, pode-se descaracterizar o regime de teletrabalho, em vista de se tomar plenamente factível o controle de jornada pelo empregador. Contudo, trata-se de matéria eminentemente fático-probatória, em que tende a vigorar o império do caso concreto posto à análise.

Há, assim, preocupação com o controle da jornada no teletrabalho, eis que a Reforma Trabalhista excluiu a possibilidade de aplicação do regime de duração do trabalho, horas extras, o que, na prática, pode significar a realização de trabalho superior ao limite legal sem recebimento de horas extras, precarizando, dessa forma, as condições laborais. Conforme MOLINA (2013 *apud* KROST, 2018, p. 97):

A inserção do teletrabalho na hipótese de exceção do art. 62 da CLT infringe o Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Desconsidera a eficácia negativa dos Direitos Fundamentais, dos quais os Direitos Sociais Trabalhistas são espécie, pela vedação de práticas, mesmo no plano normativo, que os limitem ou cerceiem.

A modificação na redação do art. 71, §4º, da CLT, que trata da redução e não concessão do intervalo para alimentação e repouso ou da concessão parcial, com indenização apenas do período suprimido e atribuição de natureza indenizatória, é outra mudança contrária aos entendimentos sumulados pelo TST e que trouxe muita divergência. Ao comentar essa alteração Medeiros (2018, p.102) expõe que:

Visou atribuir natureza indenizatória à parcela a ser paga, limitando o tempo ao período faltante do intervalo (não mais o intervalo integral), e permitindo ajuste individual e coletivo,

sem análise da autoridade do Ministério do Trabalho (setor de saúde e segurança), em total afronta ao entendimento consolidado no TST e ao direito constitucional de redução de riscos do trabalho (art. 7º, XXII, da CF).

Para o relator do projeto de Lei que culminou na Lei 13.467/2017, Deputado Rogério Marinho “o que se pretende com a nova redação, simplesmente, é fazer com que o tempo devido pela violação de um intervalo para repouso e alimentação, seja aquele efetiva e matematicamente suprimido” (BRASIL, 2016), evitando-se, assim, o enriquecimento sem causa. Por certo que, em determinadas situações a possibilidade de redução do intervalo, com adoção de um procedimento mais simples pelas empresas, por simples negociação coletiva, importa em uma excepcional inovação, posto que, inclusive, é benéfico ao empregado, o qual permanecerá menos tempo no local de trabalho e antecipará os seus horários de saída. Todavia, o alerta realmente é necessário em atividades nas quais pode acarretar riscos ao trabalho, eis que o intervalo sempre fora considerado norma de saúde e segurança do trabalho, não obstante, a exceção prevista no art. 611-A, parágrafo único, da CLT.

Outra importante modificação ocorreu no instituto do Dano Extrapatrimonial, sendo criado o Título II-A “Do dano extrapatrimonial”, que segundo Delgado (2017, p. 143), “realizou uma das mais controvertidas modificações na Consolidação das Leis do Trabalho”. Como preceitua Goldschmidt (2018, p. 124), “para reparar os danos de natureza extrapatrimonial oriundos da relação de trabalho, sempre se aplicou o Direito Civil, de forma escorreita e descomplicada, sem qualquer necessidade de se criar regime jurídico próprio ou particular”, agora de forma expressa é preconizado que os danos de natureza extrapatrimoniais de relação trabalhista somente serão regidos pela CLT.

Ademais, a fixação de parâmetro para tarifação do valor da indenização de natureza extrapatrimonial é tema repleto de controvérsias. Como destaca Ribeiro (Web, 2019), a Lei 13.467/17 criou uma tabela limitando os valores a serem pagos em casos de condenação pelos magistrados por dano moral ou extrapatrimonial, baseada pelo salário contratual do ofendido, gerando, assim, afronta ao princípio da igualdade. Ora, se funcionários que ocupam funções e recebem salários diversos, vierem a sofrer danos decorrentes do mesmo fato, suas indenizações serão diversas, levando-se como base de fixação única e exclusivamente o salário do ofendido. De acordo com Delgado (2017, p.147):

Sem tais adequações interpretativas, propiciadas pelas técnicas científicas da Hermenêutica Jurídica, o resultado atingido pela interpretação literalista será inevitavelmente absurdo, tal como: a) admitir que a ordem jurídica diferencie as afrontas morais em função da renda das pessoas envolvidas (art. 223-G, § 1o, I, II, III e N); b) admitir que a indenização devida por uma pessoa humana a uma empresa (e vice-versa) se mede pelos mesmos parâmetros monetários do cálculo de uma indenização devida por uma empresa (independentemente de ser líder mundial ou continental de mercado, ou não) a uma pessoa humana (art. 223-G, § 2o); c) admitir que a reincidência cometida por certa empresa (que é um ser coletivo, relembre-se) somente se computa se for perpetrada contra a mesma pessoa física (§ 3o do art. 223-G).

Ainda mais, o novo texto veda a cumulação de indenizações por dano extrapatrimonial decorrentes do mesmo fato lesivo, nesse sentido Cassar e Borges (2017, p. 41), afirmam que “a proibição de não acumulação de danos imateriais decorrentes do mesmo fato lesivo é absurda”.

A inclusão do art. 442-B na CLT, que disciplina a contratação de trabalhadores autônomos, também, enfrenta inúmeras críticas e ressalvas. Conforme o novo dispositivo, se cumpridas todas as formalidades legais, pode ocorrer a contratação de trabalhador autônomo de forma exclusiva ou não, de forma contínua ou não, o que não torna o sujeito um empregado. Nas palavras de Delgado (2017, p. 152):

A interpretação literal do preceito normativo conduziria ao absurdo, sem dúvida. Ela traduziria a ideia de um profissional contratado formalmente como autônomo, porém, na prática, cumprindo o seu contrato com todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, poder ser considerado, juridicamente, como efetivo autônomo.

No mesmo sentido, se alia o pensamento de Cassar e Borges (2017, p. 43), ao aduzir que “a regra contida no art. 442-B da CLT não modifica os requisitos para caracterização de um trabalhador como autônomo ou como empregado. Nem seria crível que um mero contrato poderia modificar a realidade”. Ainda, Delgado (2017, p. 152 e 153), explica que:

o que importa para o Direito do Trabalho é a presença (ou não) dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, ao invés do simples envoltório formal conferido ao contrato entre as partes. Estando presentes os elementos da relação de emprego, estruturados, pacificamente, pelos art. 3º, caput, e 2º, caput, da CLT, está-se perante essa importante relação sociojurídica tipificada no Direito do Trabalho brasileiro; não estando presentes esses elementos fáticos-jurídicos - ou, pelo menos, faltando um deles -, não se considera existente a relação empregatícia entre as partes contratuais.

Sendo assim, o fato de haver um contrato de prestação de serviço de forma escrita, com as formalidades legais, por si só não afasta o vínculo empregatício, uma vez que no direito do trabalho vige o princípio da primazia da realidade. Por outro lado, Amaral e Silva Junior (2018), entendem que a nova previsão legal traz uma grande inovação, visando valorizar a flexibilização nas normas trabalhistas, seguindo os passos do mercado atual.

O contrato intermitente com previsão legal nos artigos 443 e 452-A da CLT, que no dizer de Renzetti (2018, p. 126), “permite a prestação de serviços de forma descontínua, podendo alternar em dia e hora, cabendo ao empregado o pagamento pelas horas efetivamente trabalhadas”, é, também, instituto que promove grandes debates, mormente porque acarretou incerteza ao trabalhador, quanto ao tempo que trabalhará e qual será sua remuneração, eis que ausente a característica marcante do contrato de trabalho do trato sucessivo. Carvalho (2018, p. 426), assevera que tal contrato visa atender a expectativa do mercado:

O que se percebe, em princípio, é a possibilidade de também o contrato intermitente a chamada atender, em algumas hipóteses, a uma expectativa de mercado que parece justa e realmente pode existir, a exemplo do que sucede a empresas promotoras de eventos, cuja atividade oscila (se oscilar) quanto à ocorrência e quanto à extensão, ou seja, varia no tempo em razão da demanda dos clientes e a depender da singeleza ou magnitude do evento a elas contratado, de modo a justificar a utilização episódica de mais, menos ou nenhum empregado. [...] A incerteza quanto ao tempo de trabalho e a expectativa de remuneração torna-se vexatória apenas no contrato de trabalho a chamada, naquilo que poderá provocar, não a adoção da nova modalidade para atender a atividades econômicas naturalmente intermitentes (retomamos aqui o exemplo alusivo a empresas de eventos), mas sim a conversão de contratos estandardizados (com jornada integral ou em regime de tempo parcial) em contratos artificialmente intermitentes – que o seriam em vista do interesse de apropriar-se o empregador do tempo de atividade latente, durante o qual o empregado permaneceria vinculado psicologicamente à empresa porquanto a interrupção dos serviços não estaria relacionada à ruptura do processo produtivo.

Por outro lado, para Ribeiro (2019), a flexibilidade do trabalho intermitente torna-o uma excelente opção para suprir as necessidades empresariais de curto prazo, com racionalização dos custos de mão de obra, ao mesmo tempo em que possibilita aos trabalhadores a formalização dos “bicos”. Além de direitos trabalhistas, o empregado pode prestar serviços a diversos empregadores, gerindo suas atividades de acordo com seus próprios interesses. E, ainda, seria benéfico para o Estado, com a redução dos índices de desemprego e o conseqüente incremento das arrecadações fiscais, previdenciárias e sociais, já que regulariza a prestação de serviços que ocorriam na informalidade.

Ao tratar da remuneração do empregado, a inovação do art. 457, §2º, da CLT “retira a natureza salarial dos prêmios e os considera como mera liberalidade concedida pelo empregador ao empregado em forma de bens, serviços ou em dinheiro” (CASSAR, 2017, p. 211), e na parte final do §4º do mesmo artigo, ainda, expõe que o prêmio será concedido “a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”. A respeito da possibilidade de fraudes em relação aos prêmios Jahn (2018, p. 207) destaca:

É algo excepcional, decorrente da realização de alguma atividade ou tarefa cujo grau de produtividade destacou-se em relação aos demais empregados de uma mesma função dentro da empresa, conferido em situações esporádicas e devidamente justificadas, razão pela qual não possui nenhuma natureza salarial. Contudo, em muitos casos, há fraude em relação ao referido instituto, diante da regularidade de seu pagamento, pela inexistência de reflexos em outras parcelas e por não constituir um efetivo diferencial de trabalho em relação aos demais trabalhadores, razão pela qual a jurisprudência acaba por atribuir natureza salarial, em que pese enquadramento diverso.

Ademais, muito se discute que as alterações promovidas em relação ao prêmio não pacificaram a questão ou trouxeram segurança jurídica para sua instituição, pois permanece a necessidade de se interpretar os conceitos de “liberalidade” e de pagamento “em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado”, utilizados como premissas para desvincular o prêmio do reconhecimento de sua natureza salarial.

Outra alteração controvertida, diz respeito a nova modalidade de extinção do Contrato, previsto no art. 484-A, da CLT, que possibilita a extinção do contrato por acordo entre empregado e empregador com redução das verbas trabalhistas devidas pela empresa. Malfussi (2018 p. 250) ressalta que essa possibilidade de negociação “fere mortalmente o princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, que são preceitos de ordem pública e, portanto, não pode o trabalhador, ainda que queira, renunciá-los”. Todavia, para o relator do Projeto de Lei, o Deputado Rogério Marinho, o que buscava-se era extinguir os acordos informais, pelos quais eram feitas a demissão sem justa causa para que o empregado pudesse receber o seguro-desemprego e o saldo depositado em sua conta no FGTS, e posteriormente devolvia-se o valor da multa ao empregador (BRASIL, 2016). Tal disposição por certo não atingirá seu objetivo, mormente pelo fato de que nessa modalidade de dispensa se vedou o acesso ao seguro-desemprego.

Há, também, que ser destacado, o art. 507-A da CLT, que introduziu no ordenamento jurídico a cláusula compromissória de arbitragem nos contratos individuais de trabalho. Para Romar (2019, p. 891), “a arbitragem é uma forma de heterocomposição, que tem como características essenciais a eleição pelas partes de um terceiro, que vai solucionar o conflito (árbitro) e o poder de decisão atribuído ao árbitro”. Todavia, a nova previsão somente poderá ser aplicada nos contratos de trabalho cuja remuneração do trabalhador seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime de Previdência Social e deverá ser formalizada por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa. A arbitragem, em tese, confere vários benefícios, pois é mais célere, tem menor informalidade de procedimentos, flexibilidade, especialidade, confiabilidade e confidencialidade. Entretanto, Cassar e Borges (2017, p. 63), entendem que:

Os direitos trabalhistas previstos em lei são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública, logo, são direitos INDISPONÍVEIS. Portanto, o valor do salário recebido pelo empregado não altera a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem mais que duas vezes o valor máximo dos benefícios previdenciários podem pactuar cláusula compromissória de arbitragem é desconhecer ou modificar o § 1º do art. 1º da Lei 9.307/1996, que só permite a arbitragem em direitos patrimoniais DISPONÍVEIS.



Na mesma linha de raciocínio, leciona Delgado (2017, p. 194) que é um “instituto manifestamente incompatível com o Direito Individual do Trabalho, embora, sem dúvida, ostente compatibilidade com o Direito Coletivo do Trabalho e as relações coletivas por este regidas”. Ademais, impende asseverar, ainda, a inclusão do parágrafo único ao art. 444 da CLT, que criou a figura do empregado “hipersuficiente”, permitindo que o empregado com diploma de nível superior e que receba salário superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social possa estipular cláusulas contratuais que prevaleçam sobre o legislado, referente aos direitos previstos no art. 611-A da CLT. Para Bastos (2018, p. 173):

Há de ressaltar que quando a lei passa a diferenciar esse empregado dos outros, cabe a ele buscar informações e empoderar-se dessa condição. Em outras palavras, cumpre ao trabalhador assumir o seu papel de negociador integrante desta relação e conhecedor do que está adotando como cláusula contratual, avocando a responsabilidade pelas suas escolhas e pela sua atuação junto ao contrato firmado com o empregador e arcando com as consequências decorrentes.

Não obstante, tem-se que o Direito do Trabalho é centralizado no princípio da proteção ao empregado hipossuficiente, logo, resta questionável o simples fato de o profissional possuir ensino superior e/ou perceber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite de benefícios previdenciários, afastar a sua hipossuficiência na relação trabalhista. Nesse sentido afirma Delgado (2017, p. 160), “trata-se, conforme se percebe, de regra de evidente discriminação entre empregados - outra, entre tantas da Lei da Reforma Trabalhista -, largamente afastada da matriz constitucional de 1988”.

Os artigos 611-A e 611-B da CLT, importam no tão esperado Negociado X Legislado, trazendo significativas modificações acerca da negociação coletiva, não obstante ao mesmo tempo que se buscou fortalecer a representação sindical, a Reforma Trabalhista desestruturou o direito coletivo. Conforme orienta Renzetti (2018, p. 461), “a Reforma Trabalhista, como já dissemos em diversos momentos dessa obra, tem como grande fundamento o fortalecimento da negociação sindical”. Todavia, segundo Ghellere (2020), o que pôde ser verificado foi o enfraquecimento dos sindicatos, mormente com as mudanças nos instrumentos que sustentam a representação coletiva, como nos artigos que excluem a compulsoriedade da contribuição sindical prevista anteriormente no art. 579 da CLT e art. 620, inserido na reforma, que precarizou as convenções coletivas de trabalho em detrimento de acordos individuais ou coletivos, de forma direta entre empregados e empregadores.

Modificações positivas trazidas pela reforma, diz respeito ao procedimento de recursos. O art. 789 da CLT, foi alterado de forma a fixar valor máximo de custas devidas no processo de conhecimento, correspondendo ao montante de “quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”. Para Cassar e Borges (2017), tal alteração permite maior facilidade no conhecimento do recurso. E as mudanças no depósito recursal trabalhista, inseridas §4º, que prevê que o depósito não será mais feito na conta do FGTS do empregado, permitiu que o valor depositado deixasse de sofrer menor correção, passando a ser corrigido pelos índices da poupança, o que é mais justo. Já o §9º do mesmo dispositivo legal, garantiu maior acesso a ampla defesa, pois passou a conjecturar a redução de 50% do depósito recursal, para as entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte. E os §10 e §11, de acordo com Delgado (2017), respectivamente, trouxeram a isenção do depósito recursal aos beneficiários de gratuidade de justiça, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial, e autorizaram a substituição do depósito recursal por fiança bancária ou seguro garantia judicial, oportunizando de forma mais ampla o acesso ao duplo grau de jurisdição.

A modificação extremamente criticada foi a realizada em relação a Justiça Gratuita, operada com a modificação do art. 790 da CLT, alterando o §3º e acrescentando o §4º, prevendo, assim, que se a parte ganhar salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios dos benefícios da



previdência social terá direito aos benefícios da justiça gratuita, caso contrário, terá de provar que não possui condições de arcar com as custas e demais despesas do processo, havendo portanto um caráter subjetivo nesta hipótese (CAVALCANTE, 2018). Diferentemente do disposto no artigo 99, §3º, do Código de Processo Civil, onde presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural, a nova regra da CLT, passou a exigir a comprovação de insuficiência de recursos. Assim, para Cavalcante (2018), essa medida foi adotada visando punir muitos trabalhadores que pediam demasiadamente na justiça trabalhista, direitos que não possuíam, e nenhuma penalidade lhes eram aplicadas, estimulando assim, um desenfreado número de ações trabalhistas.

Por outro lado, Delgado (2017, p. 326), aduz que os limites impostos para o deferimento da Justiça Gratuita afrontam os princípios elencados na Constituição:

Ora, sabendo-se que a restrição monetária, relativamente aos segmentos sociais sem lastro econômico-financeiro, assume o caráter de restrição absoluta ou quase absoluta, percebe-se que os comandos constitucionais expressos nos incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da CF/88 mostram-se flagrantemente desrespeitados pela Lei n. 13.467/2017 no que concerne à sua regulação do instituto da justiça gratuita no Direito Processual do Trabalho.

Há que se ressaltar, também, a alteração substancial do *caput* do 790-B, passando a dispor que os honorários de perícias serão arcados pela parte que sucumbir, na pretensão do objeto da perícia, independentemente de ser beneficiário da Justiça Gratuita. Cassar e Borges (2017, p. 98), ressaltam que “a regra processual trabalhista é mais rigorosa que a processual civil e subverte toda a conceituação de gratuidade de justiça”. Não obstante, diversos doutrinadores defenderam a modificação por entenderem que a medida visa apenas restringir os pedidos de perícia sem fundamentação, que causam prejuízos aos cofres públicos, e ainda, congestionando o Poder Judiciário.

Outra modificação festejada por muitos doutrinadores foi a inclusão do art. 791-A, que passou a disciplinar os honorários de sucumbência na seara trabalhista, prevendo, também, que estes serão devidos mesmo sendo a parte seja beneficiária da Justiça Gratuita, alertando Gonçalves et al. (2018, web), que:

O empregado é a parte hipossuficiente da relação jurídica visto que, normalmente, seu salário não lhe permite pagar seu próprio advogado e, conseqüentemente, o advogado da parte contrária. Dessa forma, não se faz justo que seja condenado ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, pois isso implicaria na impossibilidade do empregado questionar seus direitos trabalhistas judicialmente.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Delgado (2017), pois se lido na sua literalidade o artigo inviabiliza o direito e a garantia constitucionais fundamentais constitucionais da justiça gratuita previstos na Constituição, relativamente à grande maioria dos trabalhadores brasileiros, principalmente pelo fator de risco que passou a envolver o processo judicial trabalhista.

Corroborando a mesma intenção de frear processos aventureiros, foram adicionados os art. 793-A a D, na CLT, positivando no campo trabalhista a responsabilidade por dano processual. Para Cassar e Borges (2017, p. 101), “a penalidade pode ser aplicada a todo aquele que participar do processo, como parte, interveniente, que pode ser o perito, terceiro ou testemunha”. Conforme Delgado (2017), é importante a previsão para coibir condutas contrárias ao padrão ético mínimo fixado na ordem jurídica para que a pessoa atue no perante a justiça, causando lesão à parte adversa ou a algum interveniente no processo ou à própria eficiência, objetividade e lisura necessárias ao bom desenvolvimento do processo.

Já o art. 855-A da CLT, por sua vez trouxe modificação positiva na CLT ao disciplinar o cabimento do incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito trabalhista. De acordo com Cassar e Borges (2017), o cabimento desse instituto já era defendido pelo próprio TST,

como verifica-se na instrução normativa IN 39/2016, que realizou adaptações do procedimento de forma a compatibilizar sua aplicação no processo trabalhista. Tal inovação é defendida, também, por Delgado (2017, p. 351), que afirma:

Observe-se que, tanto na IN n. 39 do TST, quanto no § 2o do art. 855-A da CLT, fica claro que as tutelas provisórias, inclusive a de urgência - esta podendo ser deflagrada antes mesmo da citação/notificação do sócio -, foram plenamente acolhidas na dinâmica de adaptação do IDPJ ao Processo do Trabalho.

Do mesmo modo, muito discutida e comentada foi a criação de procedimento de jurisdição voluntária, passando a possibilitar a homologação da transação extrajudicial, procedimento especificado nos arts. 855-B e seguintes. Para Seta (2018), há pontos positivos, como a segurança que o acordo traz para as partes envolvidas, pois a questão estará resolvida e não será possível contestações posteriores. Além disso, as partes não irão necessitar aguardar um longo processo trabalhista e seus consequentes gastos para se verem livres da situação, além de que com a realização de acordos, o Judiciário, assoberbado com ações trabalhistas, terá uma possível redução no alto número de processos em andamento. Todavia, para o autor um possível ponto negativo é saber se as empresas não irão se utilizar dessa ferramenta como uma maneira de não cumprir certas obrigações trabalhistas e, posteriormente, negociar um acordo abaixo do devido ao empregado e, assim, evitar reclamações trabalhistas.

Por fim, impende asseverar, a alteração pela Lei nº 13.467/2017 em relação as disposições da terceirização, com inclusão de sua temática na Lei nº 6.019/74, que trata do trabalho temporário, passando a ser permitido, expressamente, a terceirização de atividades-fim, conforme consta no art. 4º-A. Para Cassar e Borges (2017), tal modificação pode gerar uma série de riscos a qualidade dos serviços oferecidos, pois o trabalhador não está diretamente subordinado ao tomador. Neste interim, Renzetti (2018), alerta que estaria em risco não somente a qualidade dos serviços, como, também, os direitos dos terceirizados, pois mesmo exercendo as mesmas funções poderão não receber os mesmos salários e benefícios dos empregados do tomador.

Por outro lado, na própria Lei, foram inseridos os arts 5º-C e 5º-D, visando inibir a chamada “pejotização”, dispondo que não poderão ser contratados empresas que tenham sócios ou ex-empregados dispensados em 18 meses, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. Segundo entendimento de Rezentti (2018, p. 107), “a medida inibe que os empregadores de dispensar seus empregados para, depois, recontratá-los como pessoa jurídica”.

Percebe-se dessa forma que inúmeras alterações e institutos foram modificados com a Reforma Trabalhista, optando-se por discorrer neste item acerca das principais modificações operadas, já com as análises doutrinária a fim de dar subsídios para concluir se conjunto de mudanças, importam em modernização ou precarização das relações laborais.

Neste sentido, importante asseverar que já passado mais de dois anos da aprovação da Lei nº 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, o que se verificou de fato foi o aumento da informalidade nas relações trabalhistas. A taxa de desemprego segue persistente, e as vagas criadas são precárias dotadas de informalidade. A última taxa de desemprego divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) foi de 11,8% no trimestre encerrado em setembro deste ano, apenas 0,2 ponto percentual menor que a registrada no trimestre encerrado em novembro de 2017 (12%), quando a nova lei trabalhista passou a valer. Além disso, o número de desempregados nos dois períodos teve pouca variação, sendo que em novembro de 2017 era de 12,6 milhões; em setembro deste ano 12,5 milhões de brasileiros procuravam trabalho. Além disso, os dados do IBGE mostram que o aumento da população ocupada vem sendo puxado pela informalidade, com empregos precários, sem registro em carteira – em setembro, havia 38,8 milhões de informais –, equivalente a 41% do total de ocupados (93,8 milhões) (G1, 2020).

No entanto, os anos de 2018 e 2019 voltaram a registrar saldo positivo de vagas, revertendo parte do quadro negativo dos três anos anteriores – em 2015, o saldo negativo chegou a 1,5 milhão

de vagas. Para o secretário especial de Previdência e Trabalho, Rogério Marinho a modernização trabalhista contribuiu para aumentar a segurança jurídica das contratações, com efeito positivo sobre o ambiente de negócios, com melhora nos números de emprego e retomada do crescimento econômico, impulsionada pela agenda de reformas estruturantes (G1, 2020).

Segundo os defensores da reforma, como o anterior Ministro do Trabalho Ronaldo Nogueira, novas formas de contratação, como o trabalho intermitente, levariam as empresas a formalizar seus trabalhadores, sendo que até mesmo números foram projetados com a criação de 2 milhões de vagas em 2018 e 2019. No entanto, o cenário esperado não se concretizou. Em apenas um ano após a sanção da nova CLT, o número de trabalhadores empregados sem carteira assinada aumentou de 10,9 milhões para 11,511 milhões, ou seja, 532 mil pessoas a mais sem direitos trabalhistas (PINHEIRO e CRUBER, 2019). Em dados mais atuais, em 2018 foram criadas quase 52 mil vagas intermitentes, 9,4% do total de 545,6 mil postos criados. Já em 2019 a criação de vagas até setembro foi maior que a de 2018 inteiro (762 mil vagas), 7,6% delas foram geradas para postos intermitentes (58 mil). Ainda assim, as contratações na modalidade estão bem abaixo da expectativa divulgada pelo governo na época da criação da modalidade, de criar 2 milhões de empregos em 3 anos, ou 55 mil vagas por mês (G1, 2020).

Por outro lado, efetivamente ocorreu diminuição significativa no número de novas ações propostas perante a Justiça do Trabalho. O número de processos novos nas Varas de Trabalho teve queda de 34,2% entre 2017 e 2018. Em novembro de 2017, quando a lei entrou em vigor, houve um pico no número de novas ações, totalizando quase 290 mil, o maior número entre todos os meses de 2016 e 2017. Já em dezembro de 2017, o número caiu para 84,2 mil novos processos. Desde então, o número de ações não voltou aos mesmos patamares dos anos anteriores de mais de 200 mil processos ao mês. Em 2019, o maior número de processos foi em maio: 173.745 (G1, 2020).

Há que se ressaltar, ainda, que o número de pedidos relacionados a danos morais despencou, segundo dados fornecidos pelo TST. Entre 2017 e 2018, a queda foi de 58,6% - passou de 753,5 mil processos para 311,6 mil. Em 2019, até setembro, foram 247,6 mil ações referentes ao tema. Em novembro de 2017, o número já havia despencado para 14,9 mil ações – queda de 81% em relação a outubro do mesmo ano (78,8 mil). Os números, que se mantinham no patamar de 70 mil ações ao mês em 2017, não passam de 30 mil desde 2018. Além disso, a proporção das ações por dano moral dentro do total de processos está em 18% desde que a lei entrou em vigor. Antes da reforma, a proporção ficava entre 30% e 40% do total (G1, 2020).

Portanto, tem-se que as premissas da Reforma Trabalhista, que foram a geração de empregos e a diminuição da informalidade não foram alcançadas, conforme menciona Filgueiras (2019, p. 16):

Após quase 2 anos em vigor, a reforma não cumpriu com a promessa de expansão do emprego e da formalização: as taxas de desemprego têm sofrido poucas alterações (tanto o desemprego aberto, quanto a subutilização da força de trabalho), e os níveis de informalidade têm crescido.

Isto posto, pode-se afirmar que o conjunto das reformas operadas com a Lei 13.467/2017, trouxeram alguns benefícios às relações laborais, relacionados principalmente a modernização de alguns institutos e as mudanças no âmbito do Direito Processual Trabalhista. Não obstante, percebeu-se grande precarização das relações laborais, sendo certo que a Reforma Trabalhista não atingiu os fins propostos de retomada de crescimento econômico e geração de emprego.

## ■ METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, que para Gerhardt e Silveira (2009, p.31), “não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização”. Nesta abordagem se permite o

conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avança no conhecimento e interpretação da realidade. Henriques e Medeiros (2010) ponderam que o Direito, ao estudar os fenômenos sociais, expressam a sociedade de modo geral e não sujeitos em particular. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica. Neste sentido a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da presente investigação, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa foi do tipo bibliográfica, onde foram analisadas as referências a respeito do assunto em livros, artigos, internet e outros meios de comunicação pertinentes. O diálogo com a literatura permite construir uma linha de pensamento que percorre o texto bem como elaborar os argumentos que a sustenta (SORDI, 2013). Ainda, a pesquisa foi documental, ao acrescentar documentos jurídicos, que segundo Fonseca (2002, p. 32) “recorre a fontes mais diversificadas e dispersas, sem tratamento analítico”.

O método, como forma de explicitar a verdade, busca na dedução, a possibilidade de tirar “uma verdade particular de uma verdade geral na qual ela está implícita” (GALLIANO, 1979, p. 39). O texto, portanto, buscou uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

Por fim, destaca-se que a pesquisa foi explicativa, pois buscou demonstrar as relações causais entre as variáveis. Gil (2002, p.42) enfatiza que essas pesquisas têm como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para ocorrência dos fenômenos. A pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do presente artigo.

## ■ CONCLUSÃO

Esta pesquisa trouxe as principais alterações introduzidas no campo do Direito do Trabalho, com o advento da Lei nº 13.467/2017 conhecida como Reforma Trabalhista. O objetivo desse estudo foi analisar se de fato Reforma Trabalhista acarretou modernização ou precarização das relações laborais.

Inicialmente, pode-se verificar que a crise econômica e política que o Brasil enfrentava no momento que foi proposta a Lei 13.467/2017, influenciou a rápida tramitação da Reforma no Congresso Nacional, pois o principal argumento dos defensores da nova lei foi a promessa de geração de novos postos de trabalhos. Abordou-se os principais argumentos para aprovação da lei, da mesma forma foi feita uma abordagem dos principais argumentos contrários à sua aprovação. A classe empresarial apontava o Direito do Trabalho como um dos fatores impeditivos ao crescimento econômico, enfatizando que a CLT estaria desatualizada. Por sua vez, como forma de sustentação política o então Presidente Michel Temer apresentou o projeto com as justificativas de geração de empregos e modernização para as relações laborais, mas não foram observados os princípios basilares do Direito do Trabalho, vez que, grande parte dos estudiosos apontam que muitos artigos trazidos afrontam diretamente o sistema de proteção estampado na Constituição Brasileira.

Na sequência, abordou-se os artigos mais importantes trazidos pela Lei 13.467/2017. Com o advento da Reforma, vários institutos foram modificados e outros inseridos na seara trabalhista. Entendimentos sumulados pelo Tribunal Superior do Trabalho sofreram grande impacto, a título de exemplo destacou-se a possibilidade de terceirização da atividade-fim da empresa, prescrição intercorrente, justiça gratuita, entre outros.

Isto posto, concluiu-se que o conjunto das reformas operadas com a Lei 13.467/2017, trouxeram alguns benefícios às relações laborais, relacionados principalmente a modernização de alguns institutos e as mudanças no âmbito do Direito Processual Trabalhista. Não obstante, percebeu-se grande precarização das relações laborais, sendo certo que a Reforma Trabalhista não atingiu os fins propostos de retomada de crescimento econômico e geração de emprego.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Janice et al. **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo**. LISBÕA, Daniel; MUNHOZ, José Lucia (Orgs.). São Paulo: Editora LTr, 2018. 588 p.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3E6FBFA8679728A19B266A0045A827C3.proposicoesWebExterno2?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3E6FBFA8679728A19B266A0045A827C3.proposicoesWebExterno2?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016). Acesso em: 10 maio 2020.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho** – Curso e discurso. São Paulo: LTr, 2018.
- CASSAR, Vólia Bomfim.; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- CAVALCANTE, Rodrigo Arantes. **Reforma trabalhista: primeiras impressões**. Rosângela Tremel e Ricardo Calcini (Org.). - Campina Grande: EDUEPB, 2018. 965 p.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**/ Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. - São Paulo: LTr, 2017.
- FERREIRA, Henrique; FREITAS, Lenara Giron de. O Princípio da Proteção: Atuais Desdobramentos e Aspectos da Reforma Trabalhista – Lei 13.467/2017. **Revista de Direito do Trabalho**, [s.l.], v. 193/2018, p.21-41, set. 2019. Disponível em: <[https://revistadotribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc60000016d4a6f0001993c9eb2&docguid=l1b441fc09a0a11e895af0100000000000&hitguid=l1b441fc09a0a11e895af0100000000000&spos=39&epos=39&td=138&context=152&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://revistadotribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc60000016d4a6f0001993c9eb2&docguid=l1b441fc09a0a11e895af010000000000&hitguid=l1b441fc09a0a11e895af0100000000000&spos=39&epos=39&td=138&context=152&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 19 set. 2019.
- FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade** / Organizadores: José Dari Krein, Roberto Véras de Oliveira, Vitor Araújo Filgueiras. – Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019. 222 p.
- GALLIANO, Alfredo Guilherme. **O método científico: Teoria e Prática**. A. Guilherme Galliano. São Paulo: Harbra, 1979.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. - 12. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2019. 1232 p.
- GERHARDT, Tatiana Engel e SILVEIRA, Denise Tolfo. Métodos de pesquisa. Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
- Gil, Antônio Carlos, 1946 – **Como elaborar projeto de pesquisa**/Antônio Carlos Gil. – 4.ed. – São Paulo: Atlas, 2002.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo et al. **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo**. LISBÕA, Daniel; MUNHOZ, José Lucia (Orgs.). São Paulo: Editora LTr, 2018. 588 p.
- GONÇALVES, Matheus Marinho et al. Honorários sucumbenciais: a nova inclinação na Justiça do Trabalho. **Âmbito Jurídico**, 25 jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/honorarios-sucumbenciais-a-nova-inclinacao-na-justica-do-trabalho/>. Acesso em: 10 maio 2020.
- GRANDA. Alana. **Entidades empresariais comemoram entrada em vigor da reforma trabalhista**. Agência Brasil. Publicado em 10/11/2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-11/entidades-empresariais-comemoram-entrada-em-vigor-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 09/06/2020.



GHELLERE, Erivelto. A Desestruturação do Direito Coletivo do Trabalho e da Representação Sindical com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017). Publicado em 01/04/2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-desestruturacao-do-direito-coletivo-do-trabalho-e-da-representacao-sindical-com-a-reforma-trabalhista-lei-13-467-2-017/>. Acesso em: 09/06/2020.

G1. **Reforma trabalhista completa 2 anos; veja os principais efeitos.** Publicado em 11/11/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/11/11/reforma-trabalhista-completa-2-anos-veja-os-principais-efeitos.ghtml>. Acesso em: 09/06/2020.

JAHN, Ricardo et al. **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo.** LISBÕA, Daniel; MUNHOZ, José Lucia (Orgs.). São Paulo: Editora LTr, 2018. 588 p.

SILVA JUNIOR, Leone Pereira da; AMARAL, Mariana Dias da Costa do. **Reforma Trabalhista: primeiras impressões.** Rosângela Tremel e Ricardo Calcini (Org.). - Campina Grande: EDUEPB, 2018. 965 p.

KROST, Oscar et al. **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo.** LISBÕA, Daniel; MUNHOZ, José Lucia (Orgs.). São Paulo: Editora LTr, 2018. 588 p.

MALFUSSI, Julieta Elizabeth Correi de et al. **Reforma Trabalhista comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo.** LISBÕA, Daniel; MUNHOZ, José Lucia (Orgs.). São Paulo: Editora LTr, 2018. 588 p.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito Do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais E Coletivas Do Trabalho.** 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDEIROS, Patricia Braga et al. **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo.** LISBÕA, Daniel; MUNHOZ, José Lucia (Orgs.). São Paulo: Editora LTr, 2018. 588 p.

MUNHOZ, José Lucio et al. **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo.** LISBÕA, Daniel; MUNHOZ, José Lucia (Orgs.). São Paulo: Editora LTr, 2018. 588 p.

PIMENTA, José Roberto Freire; ROCHA, Cláudio Jannotti da; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. A CONSTITUIÇÃO DE 1988, A REFORMA TRABALHISTA E A JORNADA DE TRABALHO A TEMPO PARCIAL. **Revista de Direito do Trabalho**, [s.l.], v. 198/2019, p.33-52, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d-9a0000016d46b5d6413f7e9ec6&docguid=l86b7c0301a1711e9bbbb010000000000&hitguid=l86b-7c0301a1711e9bbbb010000000000&spos=9&epos=9&td=137&context=199&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 18 set. 2019.

PINHEIRO, Bibiana e CRUBER, Leandra. **Da reforma trabalhista à informalidade.** Publicado em 29/03/2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/laboratorios/lex/2019/03/29/da-reforma-trabalhista-informalidade/>. Acesso em: 09/06/2020.

REIS, Camila dos Santos. O TRABALHO INTERMITENTE E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS. **Revista dos Tribunais**, [s.l.], v. 1002/2019, p.147-172, abr. 2019. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iad82d9b0000016d42026f2215df5cb5&docguid=l86b7c0301a1711e9bbbb010000000000&hitguid=l86b7c0301a1711e9bbbb010000000000&spos=-1&epos=1&td=137&context=136&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 set. 2019.

RENZETTI, Rogério. **Direito do trabalho.** [coordenação Sylvio Motta]. - 4. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Forense, 2018; São Paulo: MÉTODO, 2018.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho.** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado®)

SCHIAVI, M. **Manual de direito processual do trabalho.** 10. Ed. São Paulo: LTr, 2016.



SETA, Lucas. **Reforma trabalhista: a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial**. Publicado em 2018. Disponível em: <https://lucaseta.jusbrasil.com.br/artigos/606731337/reforma-trabalhista-a-possibilidade-de-homologacao-de-acordo-extrajudicial>. Acesso em: 09/06/2020.

SILVA, Homero. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVEIRA, Everton Caldas. A AUTONOMIA PRIVADA NA REFORMA TRABALHISTA E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. **Revista de Direito do Trabalho**, [s.l.], v. 202/2019, p.55-66, jun. 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d-9a0000016d46846d91b91b88b1&docguid=I26d8fe9076c911e9bee0010000000000&hitguid=I26d-8fe9076c911e9bee0010000000000&spos=2&epos=2&td=137&context=93&crumbaction=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 18 set. 2019.

# TRABALHO DA MULHER E DESIGUALDADE SALARIAL: DE QUEM É A CULPA?

Kauana Pricila Bueno Rech<sup>84</sup>  
Carlos Alberto Hartwig<sup>85</sup>

**RESUMO:** O tema do presente artigo é referente ao trabalho da mulher e desigualdade salarial: de quem é a culpa? Este estudo é importante pelo fato de que se vive em um período em que a mulher tem recebido cada vez mais destaque no mercado de trabalho, onde tem assumido cargos cada vez mais importantes. O aumento do espaço para as mulheres no ambiente laboral garantiu à elas proteção, contidas tanto na Constituição Federal quanto na CLT, as quais garantem igualdade entre homens e mulheres, visto que ambos devem ser tratados sem distinções. A educação é a grande responsável pelo aumento de mulheres no mercado de trabalho, sendo que nos últimos anos estas têm buscado cada vez mais se especializar e se desenvolver nas profissões. O objetivo geral consiste em analisar, à luz da Constituição Federal, da Consolidação das Leis do Trabalho e leis esparsas, o trabalho da mulher e a desigualdade salarial existente entre os gêneros, bem como identificar de quem é a culpa por perseguir e manter a diferença salarial. A metodologia usada foi pesquisa bibliográfica, artigos, legislação, entre outros meios de pesquisa necessários, com abordagem qualitativa e método indutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mulher. Desigualdade. Salário.

## ■ INTRODUÇÃO

O estudo do presente tema é importante frente ao período vivido atualmente, onde a mulher tem ganhado cada vez mais destaque no mercado de trabalho e alcançado posições elevadas, tanto na carreira privada como na pública, ocupando lugares antes predominantemente masculinos.

A educação foi a forma que possibilitou a evolução das mulheres e em consequência sua independência, e espaço na sociedade. Estudos apontam que em média, mulheres dedicam-se aos estudos durante um período maior, motivo este que as tornam totalmente capazes de garantir seu lugar na sociedade (RODRIGUES, web). Ainda, conforme estudos do *IBGE* no ano de 2018, as mulheres que haviam completado o ensino superior até o presente ano era de 24,3% e homens 14,6%.

O aumento de espaço para as mulheres no mercado de trabalho faz com que a proteção das mesmas aumente, motivo este que garantiu à elas proteção, contidas tanto na Constituição Federal quanto na CLT. A inserção da mulher no espaço laboral tem tido um grande avanço no século XXI e as normas protetivas são responsáveis por tal fato.

A igualdade entre homens e mulheres está contida na Constituição Federal e na CLT, as quais dispõem que não existe discriminação entre ambos visto que todos devem ser tratados de modo igualitário, sem qualquer distinção. Asseguram ainda, que entre estes não haverá distinção

---

<sup>84</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: kauanabueno97@gmail.com.

<sup>85</sup> Professor Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: profcarloshartwig@gmail.com.

salarial no exercício de mesma função. O princípio da não diferenciação salarial foi estabelecido pelo Tratado de Versalhes (MARTINS, 2018).

Deste modo, torna-se necessário o estudo de tal tema, visto elevado número de mulheres no meio laboral atual e a necessidade das garantias protetivas para garantir um local seguro e sem discriminações.

O principal problema em relação ao tema em destaque é o fato de que, apesar de toda competência e qualificação da mulher para o mercado de trabalho, ainda exista certa discriminação no ambiente laboral, tanto em condições de trabalho quanto em remuneração, mesmo com a existência de normas protetivas que proibam a discriminação entre os gêneros, igualando-os para que ambos tenham as mesmas oportunidades.

A Constituição Federal de 1988 assegura à mulher igualdade em relação ao homem, sendo que ambos devem ser tratados de forma igualitária, sendo essa igualdade formal e aceito tratamentos desiguais para determinados casos pela condição de mulher. Apesar disso, por vezes a mulher é tratada com desigualdade e em condições precárias para o exercício de sua função e salários que não condizem com sua jornada de trabalho e cargo. Outro fato que expõem as mulheres a tal situação fática, é a questão da necessidade, pois o sustento de sua prole vem em primeiro lugar, diante disto, acaba se sujeitando a toda sorte de desigualdade social e trabalhista.

Ante o exposto, resta a seguinte questão: de quem é a culpa pela desigualdade salarial enfrentada pelas mulheres ainda no século XXI?

## ■ 1. HISTORICIDADE DO TRABALHO DA MULHER

### 1.1 Da Revolução Francesa

A mulher ingressou no mercado de trabalho com o advento da Revolução Francesa, ocorrida no século XIX, quando os empresários notaram que as funções exercidas pelas mesmas teriam um custo menor e com elas uma maior mão de obra e por um maior período de labor. Neste período, o trabalho feminino era empregado no manuseio de máquinas como afirma Martins (2018, p.921)

Segundo Romar (2017, p. 702) a formação de um sistema para a proteção das mulheres trabalhadoras deu-se por conta da exploração decorrente do trabalho das mesmas durante a Revolução Francesa, o qual era caracterizado por pagamento de salários menores em relação aos homens e até mesmo inexistência de proteção à gestação e à maternidade.

### 1.2 Do Tratado de Versalhes e OIT

De acordo com Mazzuoli (2011) o Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, em sua parte XIII, no ano de 1919, instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual era voltada para tratar de questões laborais.

Conforme o autor aludido, a atividade normativa da OIT baseia-se principalmente na criação de convenções e recomendações internacionais do trabalho, tendo como finalidade a promoção da justiça social entre os Estados.

Segundo a OIT, Convenções são tratados internacionais que indicam padrões e situações mínimas que devam ser analisadas e efetivadas pelos países que os ratificam. Tal ratificação tem caráter vinculante uma vez que ratificado pelo país, sendo um ato soberano, implica a incorporação total no ordenamento jurídico, legislativo, executivo e administrativo do país. Já as Recomendações não têm caráter vinculante, em termos jurídicos, uma vez que complementam uma convenção indicando princípios definidos sobre como poderia esta ser aplicada.

Diversas são as convenções e recomendações da OIT no sentido de proteger o trabalho da mulher. Segundo Piovesan (2016) no ano de 1979, as Nações Unidas assentiram na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a qual fundamenta-se na

obrigação de banir a discriminação contra a mulher e garantir a igualdade. Versa sobre o princípio da igualdade “seja como obrigação vinculante, seja como objetivo” (PIOVESAN, 2016, p. 287).

Por seu turno, se observa inúmeras tratativas a respeito da isonomia entre homem e mulher, por que será ainda existe a diferença salarial?

### 1.3 No Brasil

No Brasil, a primeira Constituição que tratou acerca da igualdade salarial entre homens e mulheres foi a de 1934, a qual proibia a discriminação salarial entre estes. Proibia também trabalho em locais insalubres. ( MARTINS, 2018, p. 924).

Ainda, conforme o autor supracitado, em 1943, com a edição da CLT que consolidou a matéria que existia na época. A primeira alteração, a qual foi do Decreto-lei n. 6.353, de 1944, admitiu o trabalho da mulher somente se ela tivesse 18 anos, e em algumas profissões. E ainda, a Constituição de 1946 não permitia a diferença de salários em razão do sexo (art.157, II). O autor afirma, que em 1962 a mulher passou a ser capaz com a Lei 4.121/62 que modificou o Código Civil de 1916, o qual afirmava, em seu art. 242, VII que a mulher não poderia exercer profissão sem o consentimento do marido. Senão vejamos *in verbis*: “Art. 242 - A mulher não pode, sem o consentimento do marido: VII. Exercer profissão”.

Por fim, a Constituição de 1988 trouxe normas protetivas que asseguram direitos quanto ao trabalho da mulher. Desde então, houve proteção do mercado de trabalho da mulher, através de incentivos específicos à medida que fossem determinadas em lei. Vedou a desigualdade salarial, critérios de admissão e de exercício de função por razão do sexo. Ainda, em seu art. 5º, I assegura a igualdade de homens e mulheres em relação aos direitos e obrigações, não sendo justificada nenhuma forma de distinção entre estes.

### 1.4 Das igualdades entre homens e mulheres.

As transformações no mercado de trabalho da mulher fez com que a primeira fase de proteção conferida à estas, as quais eram determinadas por proibições de trabalho feminino em inúmeras atividades, passassem a promover igualdade entre homens e mulheres, eliminando as antigas proibições, como afirma Prebianca (2010, p.46).

Em relação a igualdade entre homens e mulheres, afirma-se que “A questão da igualdade entre homens e mulheres no trabalho deve ser tratada como uma questão de direitos humanos e como um requisito indispensável ao regime democrático”. (ROMAR, 2017, p. 703).

Ainda que juridicamente iguais, ou seja, formalmente iguais, homens e mulheres são desiguais por questões físicas e psicológicas, o que implica em tratamento diferenciado sem que haja afronta à isonomia, mas sim como forma de corrigir a desigualdade, como afirma Martinez (2016, p.747).

Quanto ao tratamento diferenciado dado aos iguais e desiguais, Goldschmidt e Renck (2016, p.19) afirmam que não se pode concluir que o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais estão sempre ligados à justiça, antes se faz necessário salientar que se o tratamento igual aos desiguais torna-se ineficiente, em contrapartida, o tratamento desigual sem que haja uma justificativa também não poderá ser consentido.

Conforme Goldschmidt e Renck (2016), apesar de toda igualdade conferida, a discriminação que ocorre entre os gêneros no mercado de trabalho é uma afronta direta ao princípio da dignidade e da igualdade, sendo que não há distinção de pessoas, tendo todas elas igual dignidade. Assim, é uma afronta à dignidade e tratamento desigual injustificável, atribuindo à algumas pessoas valor maior que á outras. Ainda, afirmam que “a discriminação corporifica essa afronta, uma vez que ao não reconhecer a igualdade, não reconhece a igual dignidade de todos, ou seja, não reconhece a condição da humanidade da pessoa ou do grupo de pessoas”.

Assim sendo, homens e mulheres possuem igualdade formal perante a Constituição, motivo este que faz com que tenham os mesmos direitos e oportunidades, sendo que o tratamento diferenciado em relação às mulheres somente será aceito para suprir desigualdades existentes entre ambos.

#### 1.4.1 Das normas protetivas

De acordo com Martins (2018), a isonomia salarial entre homens e mulheres somente foi estabelecida na Constituição do México no ano de 1917.

Conforme explica Romar (2017), Convenções e Recomendações da OIT empregaram regras de proteção ao mercado de trabalho das mulheres, à sua não discriminação e consideração à sua característica física, entre outras.

Destarte, com base na necessidade de uma proteção e de uma igualdade para conferi-las iguais oportunidades em relação aos homens no mercado de trabalho, foram criadas leis protetivas, a qual foi uma preocupação do legislador ao incluir a proteção da mulher como direito mínimo na Constituição Federativa do Brasil promulgada em 1988, como afirma Martinez (2016, p.747).

Continua o autor destacando que, apesar de toda proteção que foi conferida às mulheres ainda existem disparidades em relação aos homens, o que pode causar discriminação, motivo este que faz os legisladores constitucional e infraconstitucional atuarem em esferas protetivas, tanto durante o contrato de trabalho como no período pré-contratual. Assim, as diferenças que extremam homens e mulheres faz com que à estas estejam asseguradas algumas proteções no mercado de trabalho, entretanto, tais proteções podem ocasionar discriminação de gênero.

Consoante afirma Martins (2018), a proteção conferida às mulheres somente são justificadas em situações específicas, como em relação a sua impossibilidade física e impossibilidade de levantar peso exagerado, todas as outras formas de discriminá-las devem ser extintas.

Segundo Da Silva (2017) é evidente que as normas vem se aprimorando em relação a proteção e regulação do trabalho feminino. Porém, ao estarem introduzidas no mercado de trabalho enfrentam sérios problemas, entre eles a diferenciação salarial entre homens e mulheres, terceirização e precarização.

A Constituição Federal, em seu artigo. 3º, IV afirma que promover o bem de todos, sem distinção de qualquer natureza, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Cabe ressaltar também o artigo 5º, I o qual assegura que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Ainda, em seu artigo 7º, XXX a Constituição Federal afirma que é direito dos trabalhadores, além de outros, a proibição de diferenciação salarial, de exercício de função e de critérios de admissão por motivos de idade, cor, sexo ou estado civil.

O artigo 373-A, III da CLT afirma que é vedado considerar distinções de qualquer natureza como variável determinante para remuneração, formação profissional e oportunidades profissionais.

Ante o exposto, destaca Da Silva (2017) que a discriminação positiva, para igualar homens e mulheres é aceita, vez que é uma manifestação do princípio da igualdade material. Todavia, tais possibilidades de discriminação são restritas e enumeradas, sendo as demais formas proibidas.

#### 1.5 Das relações de trabalho nos tempos atuais

A educação foi grande responsável pelo número de mulheres no mercado de trabalho. Cada vez mais especializadas, as mulheres vem se destacando nos ambientes de trabalho e alcançando posições elevadas. Em média as mulheres dedicam-se aos estudos por mais tempo que os homens, fato este que as trouxe oportunidade de destaque no mercado de trabalho. Segundo Santos (2016) a educação foi um dos fatores que proporcionaram a evolução e contribuíram para o sucesso da mulher perante a sociedade.

Segundo Rodrigues, o desenvolvimento econômico ocorrido na década de 50 fez com que houvesse um aumento no nível de escolaridade feminina. Houve uma diminuição da distância em relação às áreas que anteriormente eram exclusivas aos homens e acesso feminino à uma educação formal.



Afirma ainda o autor retro que o ingresso de mulheres na escola trouxe a oportunidade de acesso à qualificação e a partir disso a possibilidade de ocupar lugares de grande relevância. A mulher conquistou esse espaço por se recusar a ser tratada de forma desigual em relação aos homens.

Pesquisas do *IBGE* do ano de 2016 revelam que o número de mulheres com o nível de instrução completo era maior do que de homens, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 1- Pesquisa de População de 25 anos ou mais de idade com ensino superior completo.



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016.

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

No ano de 2017, com base em pesquisas, o *IBGE* revelou que o número de mulheres com o ensino superior completo havia aumentado em relação ao ano anterior, alcançando o total de 24,3%, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 2- Nível de instrução completo.



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Apesar da especialização das mulheres e o alcance de altas posições no âmbito do trabalho, é possível encontrar disparidades no tratamento das mesmas, onde, por muitas vezes, são discriminadas e subvalorizadas, recebendo salários inferiores e condições precárias para o exercício de suas funções, conforme afirma Santos (2016, p. 21):

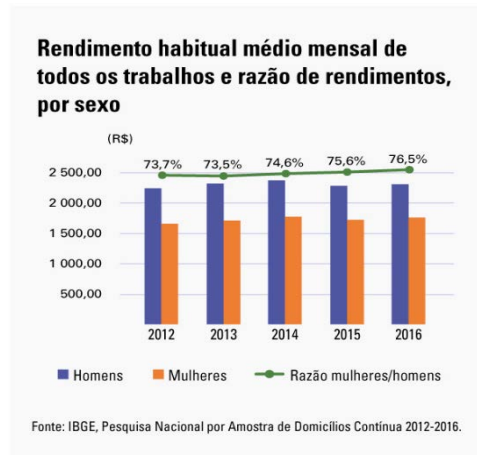
Recentemente, verificou-se o aumento de mulheres no mercado de trabalho, o acesso a posições de poder e melhoria dos níveis de educação e formação profissional. No entanto, continua a existir disparidades entre os gêneros em variados domínios.

Diante da preparação da mulher para o mercado de trabalho torna-se inadmissível que haja disparidades em relação à sua remuneração, como explica De Souza (2017): “com a qualificação da mulher cada vez maior não podia ocorrer uma disparidade nos salários, uma vez que estão se especializando mais que os homens”. Entretanto, essas distinções são feitas apesar de estarem, homens e mulheres, em mesmas condições de e nível de formação, como afirma Lapa (2016, p. 131):

Importante observar mais de perto a “discriminação” como um dos fatores apontados para explicar as diferenças salariais que se mantém mesmo quando entre homens e mulheres estão mantidas condições iguais (isto é, no nível da formação, da experiência, da categoria profissional, da idade, do setor de atividade supostamente equivalente, etc.).

Contudo, em relação ao salário, a pesquisa realizada com base nos anos de 2012-2016 revelou que os homens ganham mais que as mulheres, de acordo com gráfico:

Gráfico 3- Rendimento habitual médio mensal de todos os trabalhos e razão de rendimentos.



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

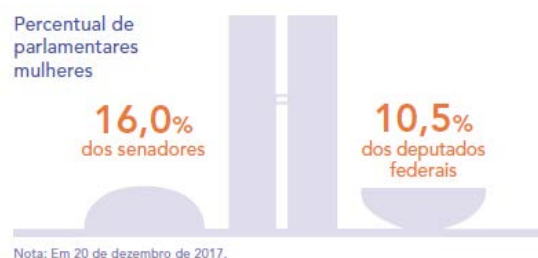
Deste modo, verifica-se que a discriminação que ocorre não tem haver com o grau de qualificação da mulher e sim com sua condição, como explica Santos (p. 21, ano):

A presença de discriminação no emprego reverte para a presença de tratamento diferente e menos favorável por razões que não têm qualquer relação com o mérito ou requisitos do emprego. Estão relacionados com a raça, a cor, o sexo, a religião, a nacionalidade, a opinião política e a origem social.

Além disso, Souza (2017) ressalta que a mulher está presente no mercado de trabalho, porém, não com as condições de igualdade que estão contidas nas legislações. Entretanto, por haver maior número de mulheres no mercado de trabalho, faz com que se tenha a ideia de que as desigualdades e diferenças foram solucionadas.

A pesquisa realizada em 2017 pelo IBGE demonstrou que os homens são maioria em carreiras públicas, sendo o percentual de parlamentares homens superior ao número de parlamentares mulheres, conforme gráfico:

Gráfico 4- Percentual de parlamentares mulheres.



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A pesquisa também apontou que o número de mulheres em cargos ministeriais do governo brasileiro representa apenas 7,1% em relação aos homens, conforme demonstração:

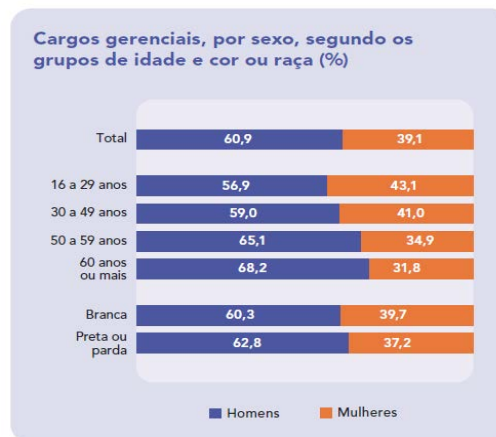
Gráfico 5- Participação de mulheres nos cargos ministeriais do governo brasileiro.



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A diferença continua em relação aos cargos gerenciais, onde o número de homens é superior ao de mulheres, conforme demonstrado:

Gráfico 6- Cargos gerenciais, por sexo, segundo os grupos de idade e cor ou raça.



Fonte: IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016.  
Nota: Consolidado de primeiras entrevistas.

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A conquista da mulher em meio ao mercado de trabalho deu-se por conta de sua competência para tanto, como afirma Zainaghi (2015, p. 108):

Ao conquistar seu merecido lugar no mercado de trabalho, a mulher o fez pela sua competência, pela aplicação, pela seriedade do exercício dos misteres que lhe foram atribuídos. Nos tempos atuais já não perseguem as mulheres quaisquer privilégios. Basta-lhes o respeito às suas aptidões e o tratamento como o dispensado a qualquer outra categoria de trabalhador.

Assim sendo, a busca da mulher por igualdade é para que seus direitos sejam equivalentes ao dos homens, que seja respeitada e seu reconhecimento por qualificação também e, assim, possa receber o equivalente ao cargo ocupado.

## ■ CONCLUSÃO

O objetivo geral do presente artigo foi analisar, à luz da Constituição Federal e da Consolidação das Leis do Trabalho, o trabalho da mulher e a desigualdade existente entre os gêneros, bem como identificar quem é o culpado por tal fato.

A mulher ingressou no trabalho durante a Revolução Francesa ocorrida no século XIX, quando os empresários notaram que as funções por elas exercidas teriam um custo menor e durante um tempo maior também, já que aceitavam trabalhar por salários menores e carga horária que chegavam a ser de 14 a 16 horas por dia.

O Tratado de Versalhes, o qual foi um tratado de paz, em 1919, pôs fim à primeira Guerra Mundial e criou a OIT com o objetivo de tratar de assuntos ligados ao trabalho. A OIT foi responsável por diversas convenções e recomendações que tratavam acerca do trabalho da mulher.

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar sobre a igualdade salarial entre homens e mulheres. Em 1943, após a edição da CLT que consolidou a matéria existente na época, houveram alterações no sentido de permitir o trabalho da mulher apenas quando esta tivesse 18 anos e em algumas atividades; e proibição de diferenciar salários entre homens e mulheres. No ano de 1962, a mulher passou a ser capaz, não mais necessitando de autorização de seu esposo para trabalhar.

O princípio da igualdade entre homens e mulheres foi estabelecido pelo Tratado de Versalhes, o qual foi acolhido pelo Brasil. O tratamento diferenciado conferido às mulheres se dá por conta de questões físicas, visto que homens e mulheres são formalmente iguais perante a Constituição torna-se necessário o tratamento especial para igualar tal diferença, o que lhes atribui os mesmos direitos e oportunidades.

Apesar de toda proteção conferida às mulheres, ainda existe diferenciação em relação aos homens, o que pode causar a discriminação. A Constituição Federal e a CLT garantem às mulheres proteção quanto aos seus direitos sociais, proibição de diferenciação salarial e outros.

A educação foi fundamental para o aumento de mulheres trabalhadoras. Cada vez mais especializadas, visto que dedicam-se aos estudos por mais tempo que os homens, elas vem se destacando e ocupando lugares de destaque. Apesar do aumento da qualificação da mulher, é possível encontrar disparidades no tratamento das mesmas, sendo que por vezes são discriminadas e subvalorizadas, recebendo salários inferiores e exercendo suas atividades em condições precárias, o que é inadmissível já que estão preparadas e qualificadas para o mercado de trabalho. Assim, é possível verificar que a disparidade não ocorre por não ter qualificação, mas sim por sua condição.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Celicina Borges. **Metodologia científica ao alcance de todos**. 3 ed. Barueri, SP: Manole, 2013.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed., atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.
- DE ALMEIDA, Cecília Maria Villas Boas. **UNIP Universidade Paulista Interativa: Métodos de Pesquisa**. Disponível em <[http://www.madani.adv.br/aula/Frederico/l\\_met.PDF](http://www.madani.adv.br/aula/Frederico/l_met.PDF)> Acesso em: 14 de junho de 2019.
- DA SILVA, Amanda de Moraes. **Discriminação da Mulher no Ambiente de Trabalho**. Curitiba. 2017.
- DE SOUZA, Iohana Guerra. **A feminização do mundo do trabalho**. Vitória, 2017.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo e PINHEIRO RENCK, Maria Helena. **Discriminação Contra as Mulheres no Trabalho e Ações Afirmativas**. Curitiba: Multideia, 2016.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20287-no-dia-da-mulher-estatisticas-sobre-trabalho-mostram-desigualdade>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf)>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>> Acesso em: 15/05/2019.

LAPA, Thais de Souza. **Desigualdade Salarial por Sexo: persistência, transformações e desafios**. 2016

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica: para o curso de direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2011.

Organização Internacional do Trabalho. **Normas Internacionais do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

OLIVEIRA, Sílvia Rabello Neves. **O Tratado de Versalhes: contexto histórico que fomentou a realização do Tratado de Versalhes**. Disponível em: <<https://silviarabello.jusbrasil.com.br/artigos/348250633/o-tratado-de-versalhes>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

PREBIANCA, Filipi Henrique. **Aspectos do Direito do Trabalho da Mulher: proteção à procura da igualdade**. Itajaí. 2010.

RODRIGUES, Valéria Leoni. **A importância da mulher**. Disponível em: <<file:///C:/Users/110403~1/AppData/Local/Temp/729-4.pdf>>. Acesso em: 28 de setembro de 2018

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Ana Luísa Sousa. **Discriminação Laboral sobre as Mulheres no Mercado de Trabalho Micaelense**. Ponta Delgada. 2016.

STAKE, Robert E. **Pesquisa qualitativa: estudando como as coisas funcionam**. Porto Alegre: Penso, 2011.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Curso de Legislação Social- Direito do Trabalho**. 14 edição. São Paulo: Atlas, 2015.



# A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA

Michely Fernanda Mundel<sup>86</sup>  
Valdir Bittencourt Júnior<sup>87</sup>

**RESUMO:** A aprovação da Lei 13.467 de 2017, conhecida como a “reforma trabalhista”, despertou posicionamentos divergentes pelos juristas, por acreditar muito deles, ser uma clara tentativa de desmanche da justiça do trabalho para que haja uma consequente extinção da mesma. Neste contexto, a regulamentação do instituto da Terceirização tornou-se polêmico, e os paradoxos existentes entre as possíveis benesses que esta prática trará para a economia e os efeitos que sua propagação acarreta para a classe trabalhadora nos leva a refletir sobre a temática. A alteração da Lei 6.019/74 mudando entendimento, passando a regulamentar a prestação de serviços a terceiros pelas empresas, ou seja, superou a distinção que havia anteriormente sobre atividade-meio e atividade-fim, podendo no cenário atual toda atividade de trabalho ser terceirizada. O novo diploma legal desenvolveu um fenômeno de precarização do trabalho, que dentre seus inúmeros efeitos negativos é também um processo que propicia a pobreza. Assim, os objetivos deste artigo visam estudar o fenômeno da terceirização, analisar os impactos que as alterações legislativas causaram no cenário econômico e social e compreender a (in)constitucionalidade da terceirização irrestrita, visto que, a suscetibilidade causada por essas diversas formas de precarização acarreta o aumento no número de desempregos e a consequente exclusão social. Percebe-se que as frágeis tentativas de manutenção da rede de proteção social e da saúde da classe trabalhadora, envolvidas neste contexto de subcontratações legalizadas, são totalmente reprimidas diante das urgentes necessidades de capital, por isto a relevância de abordar este assunto. O método de pesquisa utilizado é o qualitativo, apoiando-se em técnicas de coleta de dados, documental e bibliográfica. Diante disto, a finalidade deste estudo é deixar clara a (in)constitucionalidade da terceirização irrestrita, expondo os pontos positivos e negativos, buscando como prioridade a defesa dos direitos sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização. Reforma Trabalhista. Constitucionalidade da Terceirização. Precarização do Trabalho.

## ■ INTRODUÇÃO

O Direito surgiu com intuito de melhorar e regular as relações em sociedade, e com o Direito do Trabalho não foi diferente.

A evolução das leis trabalhistas acompanhou as diferentes mudanças sofridas pelo sistema capitalista, oriundas de inúmeras reivindicações sociais, tornando-se um importante instrumento de pacificação social e garantia do Estado Democrático de Direito, tendo que adaptar-se aos novos tempos para conferir sempre maiores garantias aos trabalhadores.

Nos últimos anos, com a retomada dos ideais neoliberais, houve uma flexibilização das leis trabalhistas e a terceirização tomou forma de vez.

<sup>86</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade do Litoral Paranaense -ISEPE Guaratuba. E-mail: michely\_mundel@hotmail.com.

<sup>87</sup> Doutorando em Direito e Ciências Sociais (Derecho y Ciencias Sociales) na Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Nacional de Córdoba - Argentina. Mestrando em Educação - UNIVILLE - Universidade da Região de Joinville. Professor na Faculdade do Litoral Paranaense - ISEPE Guaratuba. E-mail: bittencourt\_adv@terra.com.br.

Nesse viés, o objetivo precípuo deste artigo é examinar a prática da terceirização no Brasil, mais precisamente a terceirização de maneira irrestrita como foi implantada pelas mudanças legislativas do ano de 2017 e os impactos gerados nas relações empregatícias.

## ■ 1. TERCEIRIZAÇÃO – ASPECTOS GERAIS

O desenvolvimento tanto do capitalismo como do liberalismo constituiu terreno fértil para o surgimento, na França, do intermediário - *tâcheron* ou subcontratante -, no início do Século XIX (HARISON, 1997, p.361). Desde a origem do capitalismo, uma das principais bandeiras do movimento trabalhista foi pela proibição do *marchandage* como simples locação de força de trabalho, que era interpretado desde lá como uma forma de intermediação. Os trabalhadores intitulavam este intermediador como um explorador, como relata Harison (1997), já que nestes casos a exploração era mais evidente do que nos empregos diretos, e lutavam para aboli-lo.

A mera *marchandage* foi formalmente extinta em 1848, mas a sua forma coletiva - *marchandage collectif* - foi amplamente estimulada como forma de organização do trabalho (HARISON, 1997, p. 372).

No Brasil, até meados de 2017, a terceirização era empregada apenas nas chamadas atividades meio, por isso apenas empresas de grande porte utilizavam esta forma de prestação de serviços com frequência. Contudo, após a Reforma Trabalhista, ocorrida ao final do mesmo ano, somadas às inúmeras mudanças legislativas a respeito do tema, esta passou a ser uma prática mais comum, não somente nas referidas empresas como também entre as de pequeno e médio porte, como relata Lopes (2018).

Lopes (2018) aduz ainda que a terceirização trabalhista não possuía no ordenamento jurídico brasileiro um diploma legal próprio e específico que a regulasse. Existiam apenas dois institutos legais que serviam de base para tratar dessas questões, sendo eles a Lei nº 6.019/74 que dispunha sobre o trabalho temporário (BRASIL, 1974) e a Lei nº 7.102/83 que regulava o serviço de vigilância especializada (BRASIL, 1983).

Diante disto, cumpre esclarecer inicialmente o que é a terceirização que, de acordo com Marcelino e Cavalcante (2012, p.331), é “[...] todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho e (ou) a externalização dos conflitos trabalhistas”

De acordo com o relatório elaborado pelo Departamento Intersindical Estatística e Estudos Sócio-econômicos - DIEESE (2014), a terceirização caracteriza-se por uma dinâmica entre uma “empresa contratante ou empresa-mãe” que transfere a execução de uma atividade, que seria realizada por um sujeito diretamente contratado, para outro trabalhador ou trabalhadora vinculado(a) a uma “empresa terceira ou contratada”.

## ■ 2. A MUDANÇA LEGISLATIVA E SEUS IMPACTOS

O surgimento do Direito do Trabalho pode ser atribuído em grande parte à Revolução Industrial, que se iniciou na Inglaterra e, posteriormente atingiu outros países como Estados Unidos, França, Itália, Alemanha e Japão; e, pelo Liberalismo ou Estado Liberal, como explica Harisson (1997).

A Revolução Industrial do século XIX foi determinante para a afirmação da relação de emprego como a base do sistema econômico capitalista, sendo este o marco do nascimento do Direito JusTrabalhista. No mesmo sentido, a apurada visão de Delgado (2016, p. 91-92) afirma que:

Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas

subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.

No entanto, de acordo com Antunes (2002) com todo o desenvolvimento tecnológico que o mundo vem experimentando, ocorrem cada vez mais alterações na forma de produção, o que tem impacto direto nas relações de trabalho.

Conforme relato de Severo (2015) o tema da terceirização retornou ao cenário político, quando a Câmara dos Deputados composta no ano de 2015, desarquivou projeto proposto pelo Deputado Sandro Mabel em 2004, que regulamenta e amplia as hipóteses de terceirização nas relações de trabalho. De acordo com Severo (2015), o projeto havia tramitado em 2011 e 2013 e apenas não foi aprovado em razão da forte reação de setores organizados da sociedade, como a magistratura do trabalho e o Movimento Humanos Direitos.

Ainda de acordo com Souto (2015, p.2) o assunto não é nenhuma invenção recente, pois, “ao contrário do que nos dizem, Marx já referia-se à prática comum de introdução de ‘atravessadores’ na relação entre capital e trabalho, denunciando a precarização e a maximização da exploração do trabalho, que provoca”. E, ainda destaca a autora:

O vínculo de trabalho segue sendo exatamente o mesmo. As fórmulas (tomador dos serviços; empresa cliente; prestadora; terceirizados) não conseguem alterar essa realidade: a empresa prestadora (melhor seria dizer empresa locadora) não passa de uma “intrusa na relação de emprego, mera intermediária da mão-de-obra, enquanto a suposta “tomadora” é o verdadeiro empregador, que aparece “mascarado de ‘empresa cliente’”.

Recentemente o tema voltou a fazer parte do cenário político, mais precisamente no fim de 2017, quando houve a Reforma Trabalhista, que teve como um de seus pontos polêmicos a terceirização. Em 2018 o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o RE 958.252/MG, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (STF, 2018).

Antes da aprovação da Reforma ocorrida em novembro de 2017, a terceirização possuía leis rígidas e jurisprudências com entendimento pacífico quanto à ilegalidade da contratação de mão de obra neste modelo para atividades-fim, permitindo somente contratações para as atividades-meio, conforme será explicado mais a fundo no decorrer deste artigo.

Por conta da Reforma Trabalhista que trouxe mudanças para a Lei 6.019/74, alterou-se a regulamentação da prestação de serviços a empregados temporários e acarretou reflexos na terceirização, ou seja, superou a distinção que havia anteriormente sobre atividade-meio e atividade-fim, podendo ser no cenário atual toda e qualquer atividade de trabalho terceirizada, é o que aduz Lopes (2019).

### ■ 3. OS REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA E A LEI DA TERCEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES PATRÃO X EMPREGADOS

Antunes (2014) aduz que nas relações de trabalho predominam determinadas práticas que são defendidas como políticas flexíveis, informais e precárias, e que neste contexto atribuem dosagens de caráter flexível e efêmero também às vidas dos sujeitos, ou seja, empregados.

Se pensarmos em uma sociedade separada pela classe trabalhadora e capitalismo, devem ser analisadas também as contradições entre esses dois abismos, como diz Guimarães Junior (2018). O mesmo autor afirma ainda que o fenômeno de precarização do trabalho tem sido objeto de estudo por diferentes campos epistemológicos e revela uma unanimidade por parte de diferentes autores e autoras no que se refere a sua natureza.

Dejours (1999) analisa de um modo geral, os principais efeitos deste processo de precarização, e elenca eles como: mecanismos de intensificação do trabalho, com consequente aumento do sofrimento dos sujeitos; enfraquecimento de ações e movimentos coletivos contra a dominação e sofrimento no trabalho; estratégias defensivas de sujeitos que se veem “negando o sofrimento alheio e calando o seu.” (DEJOURS, 1999, p.51); e o crescimento do individualismo devido, de forma particular, à constante ameaça de demissão presente nesses contextos.

Além disto, de acordo com Brito (2000), esta precarização é um processo que propicia a pobreza e vem crescendo mesmo em países industrializados.

Segundo Guimarães Junior (2018 p. 27), outros fatores que interferem neste quadro de pobreza e de precarização são os denominados “ativos sociais”, quais sejam, elencados por ele: “salários, benefícios, bens e serviços a que tem acesso um indivíduo através de seus vínculos sociais; além de os ativos culturais: educação formal e conhecimento cultural que permitem a um indivíduo desenvolver-se em seu ambiente”.

De acordo com esses autores, a suscetibilidade causada por essas diversas formas de precarização acarreta o aumento no número de desempregos, e a consequente exclusão social, já que, de acordo com Guimarães Junior (2018), esse processo aumenta o desemprego estrutural.

Assim, a partir da Reforma Trabalhista, discutir a vulnerabilidade dos pactos laborais a partir da terceirização, de uma perspectiva crítica, é altamente relevante, como alega Guimarães Junior (2018).

Para Assunção-Matos e Bicalho (2016), a forma de eleger novos empregadores para o mercado de trabalho foi alterada a partir das mudanças ocorridas pela história. Reforçam ainda que há tempos predomina a atividade laboral temporária e terceirizada, já que desta forma existem maiores formas de flexibilizar a relação de trabalho.

Desta forma, no cenário atual brasileiro, a terceirização é vista como um desmonte dos direitos trabalhistas no país, é o que entendem Assunção-Matos *et al.*, (2018, p. 30):

Como um de seus marcos, observa-se em 31 de março de 2017, sob o n. 13.429/2017, a lei sancionada, pelo presidente da República Michel Temer, que altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências além de dispor sobre as relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros.

Este novo dispositivo legal, dentre outras inúmeras controvérsias, permite que as empresas terceirizem serviços de atividade-fim, as atividades essenciais, principais e fundamentais para sua manutenção, como dispõe Guimarães Junior (2018).

A consequência disso foi o grande aumento de contratações de pessoas físicas, realizados através de pessoas jurídicas que foram constituídas com essa finalidade, prática conhecida como *pejotização*, como relata Ferreira (2017).

Além disto, Assunção-Matos e Bicalho afirmam que a nova lei permite que as empresas terceirizadas “quarteirizem” seus serviços, já que é permitida a subcontratação de uma outra empresa para que esta realize os serviços de contratação, remuneração e direção do trabalho, para os empregados da primeira, na sede da empresa contratante.

Na prática, o fenômeno da “quarteirização” abre precedentes para o pagamento de salários ainda mais baixos do que os que já são pagos aos obreiros terceirizados, gera insegurança jurídica, maior precarização das condições de trabalho, redução das vagas de emprego, maior número de acidentes do trabalho, situações de trabalho análogo à escravidão, maior taxa de rotatividade e enfraquecimento do poder de greve e dos sindicatos. (LOPES, 2018, p.47).

Ainda, em uma possível reclamatória trabalhista, Oliveira (2018) afirma que o empregado terá grandes dificuldades para receber os valores oriundos da prestação de serviço, já que será

difícil precisar seu real empregador, visto que com o fenômeno da terceirização esse já um entrave enfrentado pelo obreiro, em uma “quarteirização” a discussão a respeito da responsabilidade e da obrigatoriedade de pagamento dos créditos trabalhistas será ainda maior, e quem sairá prejudicado certamente será o trabalhador.

Para Guimarães Júnior (2018), esse cenário político com tantas reformas só contribuiu para a precarização ainda mais célere das relações laborais, visto que inúmeras pessoas acabam constituindo microempresas individuais, por exemplo, para prestar serviços a uma terceira empresa, o que resulta em uma fragilidade nestas relações de trabalho e a dinâmica de mercado cujas intenções vem em direção oposta aos interesses da classe operária.

Guimarães Junior (2018) afirma ainda que a Lei 13.467 de 2017 autoriza legalmente as empresas a procederem qualquer tipo de contratação, bem como a eleger a duração de seus contratos de trabalho e também as responsabilidades referentes aos trabalhadores que as mantêm enquanto força de trabalho.

Diante deste cenário, o que se percebe é que as frágeis tentativas de manutenção da rede de proteção social e da saúde da classe trabalhadora, envolvidas neste contexto de subcontratações legalizadas, são totalmente reprimidas diante das urgentes necessidades de capital, como expõe Matos (2018).

Ramos (2018) enfatiza que a terceirização como atividade-fim diverge totalmente do objetivo principal ao que se propõe esse fenômeno, já que ao permitir que outras empresas apoderem-se de sua finalidade básica, a terceirização traz impactos negativos, como a diminuição da qualidade dos serviços prestados e dos produtos finais e ainda, como já dito, a precarização de mão-de-obra do trabalhador.

“Outra inovação com repercussões negativas para os obreiros, é a impossibilidade da formação de vínculo jurídico empregatício entre o trabalhador terceirizado e a tomadora de serviços” (LOPES, 2018, p.46).

Na legislação anterior caso o trabalhador comprovasse os requisitos mínimos do vínculo de emprego, pessoalidade nas prestações de serviço ou subordinação à empresa tomadora dos serviços, a terceirização tornava-se ilícita e restava caracterizado o vínculo entre o obreiro terceirizado e a empresa tomadora, como explica Oliveira (2018).

Os operadores do Direito apontam ainda outra preocupação na esfera Juslaboral, referente a redação pelo art. 5º A, §4º da Lei 13.429, de 2017, que assim dispõe: “a contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.” O inquietante vem do fato de que a lei não colocou a igualdade de condições de labor e a isonomia de tratamento como obrigatoriedade, mas sim como uma faculdade para o empregador, conforme explica Lopes (2018). Oliveira Lopes reforça ainda que como será o contratante quem poderá estabelecer condições diferentes entre trabalhadores terceirizados e os contratados diretamente, isso contribuirá ainda mais para a precarização da mão de obra terceirizada e gerará um meio de exclusão deste empregado no ambiente de trabalho.

Outra alteração significativa diz respeito ao artigo 12 da Lei 6.019/1974 que assegurava ao trabalhador temporário a remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora. O artigo 4º, parágrafo 1º dessa mesma lei, após a alteração trazida pela Lei 13.429/2017, por sua vez, faculta às partes contratantes estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos nesse artigo. Cumpre observar que essa diferença existe, pois o artigo 12 trata do empregado temporário, enquanto o artigo 4º refere-se ao empregado terceirizado, como reforça João Grandino Rodas, que ainda faz referência à complexidade de compreensão e interpretação das novas Leis.

Restou evidente que as alterações trazidas pela Lei 13.429/2017 não contribuíram para uma melhoria nas relações de emprego, nem mesmo para o desenvolvimento da economia. Neste sentido, é o entendimento divulgado pelo DIEESE (2017, p. 10) em nota técnica:



Com base nos aspectos até aqui comentados, pode-se afirmar que a regulamentação da terceirização contida na Lei 13.429/2017 é excessivamente genérica e omissa em vários aspectos das relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços e entre essas e as contratantes. Essas omissões poderão ocasionar aumento da insegurança laboral e jurídica para trabalhadores e empresas, motivando conseqüente aumento de ações trabalhistas na justiça. Além disso, o texto legal é muito frágil quanto à garantia dos direitos e à proteção dos trabalhadores terceirizados, aumentando riscos de crescimento de precarização das condições de trabalho e rotatividade. Por outro lado, a permissão da quarteirização e da subcontratação, inclusive por PJs, pode levar à fragmentação excessiva dos processos produtivos, dificultando a fiscalização, pelos órgãos governamentais, do cumprimento de obrigações fiscais e previdenciárias pelas diversas prestadoras de serviços. Caso isso ocorra, ficará comprometido o almejado equilíbrio financeiro das contas públicas e da previdência, já seriamente prejudicado pela queda drástica da arrecadação causada pela grave recessão que o país atravessa.

Ainda, de acordo com Ana Carolina Reis Paes Leme (2018), terceirizar atividades-fim esvazia o valor social da livre iniciativa e transforma as empresas em meros instrumentos de obtenção de lucro, já que liquida a maioria das funções sociais que a Constituição atribui ao capital produtivo, dentre elas a promoção de emprego com proteção social eficaz na atividade finalística empresarial, para permitir pleno gozo dos direitos fundamentais sociais.

#### ■ 4. A TERCEIRIZAÇÃO FRENTE À CARTA MAGNA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se encontra classificada no bojo das constituições dirigentes, de ordem jurídica intervencionista, possuindo caráter programático, caracterizada por conter programas e ações a serem concretizadas pelo poder público (NOVELINO, 2016).

Dessa maneira, as normas constitucionais de proteção ao trabalhador devem seguir como guia para o legislador infraconstitucional, visto que essas normas buscam a melhoria na qualidade de vida do trabalhador e fazem com que a empresa cumpra sua função social como empregadora, conforme relata Davi Moreira Pereira Gomes (2018).

A Constituição Federal, ao permitir a terceirização na atividade-meio, assim como ocorre no âmbito da Administração Pública, tinha por pressuposto viabilizar que o empreendedor dedicasse seus recursos à realização de sua atividade finalística, a fim de racionalizar o aproveitamento do tempo e das energias institucionais com máxima eficiência administrativa, como leciona Gabriela Neves Delgado (2014).

A terceirização irrestrita, por colocar o lucro como prioridade, acima inclusive do valor constitucional da proteção do trabalho, reduz a função da empresa somente a um meio de garantir o interesse individual do empregador, que vê o trabalho como um meio de exploração, em uma lógica que vai em total afronte à constituição, como afirmam Delgado e Amorim (2014).

De acordo com Lopes (2018), em um cenário em que a terceirização se torne útil e viável, sem que afronte os direitos constitucionais que protegem a dignidade dos empregados, é imprescindível a atuação do Direito do Trabalho como forma de proteger os trabalhadores adequadamente.

Contundo, ainda de acordo com Lopes (2018), o Judiciário Brasileiro, guardião da Carta Magna de 1988, acabou curvando-se aos interesses empresariais ao liberar a terceirização de maneira ilimitada, como se encontra no atual contexto brasileiro.

A partir do momento em que se confere tamanhos poderes ao empregador, que passa a deter todo o controle sobre o trabalho, ele utiliza-o como sua propriedade, como aponta Ana Carolina Reis Paes Leme (2018).

Além disso, Leme (2018) leciona ainda que terceirizar qualquer atividade da empresa, possibilita que o empregador reduza os custos dos encargos sociais, já que ele poderá contratar um empregado terceirizado, que tem a mão de obra mais barata. Ana Carolina Reis Paes Leme



(2018) aponta que, apesar de parecer que esse fenômeno trará um aparente aumento de empregos, na realidade apenas traz uma redução na qualidade de vida dos empregados de um modo geral, já que todos os empregados poderão ser terceirizados, porém, questiona qual é o limite dessa terceirização?

Ana Carolina Reis Paes Leme (2018) reforça ainda que ao permitir que as atividades essenciais da empresa sejam terceirizadas, resta evidente que o padrão das remunerações dos empregados terceirizados em comparação aos empregados diretamente contratado pela empresa tomadora de serviços não será o mesmo.

Assim o trabalhador terceirizado é prejudicado com diferenças remuneratórias e de condição de trabalho e a empresa perde por produzir produtos inferiores e também o consumidor final sai prejudicado, vejamos:

Terceirizar atividade-fim pode colocar em risco a qualidade dos serviços oferecidos, pois executados por trabalhadores que não são subordinados ao tomador. Quando o tomador não dirige e não comanda o trabalho executado por seus trabalhadores, o serviço final não sai com a qualidade que deveria ter, principalmente se estiver relacionado com sua atividade-fim. Sofre o trabalhador, o consumidor e a sociedade em geral (CASSAR, 2017, p. 88).

De acordo com uma pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), 91% dos empregadores que almejam terceirizar seus serviços tem como principal motivação a redução dos custos e apenas 2% a especialização da técnica. Diante disto, é evidente que a estratégia central das empresas é otimizar lucros e reduzir custos, através de baixíssimos salários, altíssimas jornadas e pouca ou nenhuma melhoria nas condições de trabalho, já que passa a ser responsabilidade da empresa subcontratada, conforme aduz Evandro Araujo dos Santos (2018).

Santos (2018) reforça ainda que as finanças das empresas terceirizadas é bastante instável, refletindo em trabalhadores que são expostos ao limite, trabalhando por anos sem férias, além de não receberem sequer os equipamentos de proteção necessários para a execução dos trabalhos.

Em 2010, o DIESSE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) de Sindeletró/MG, entre 2006 e 2008, registrou 239 mortes de obreiros por acidentes de trabalho. Desse número, 80,7% (193) eram empregados terceirizados, sendo ainda a taxa de mortalidade, neste mesmo período, de 55,53 entre os trabalhadores terceirizados contra 15,06 dos trabalhadores contratados diretamente.

## ■ CONCLUSÃO

Desde sempre, a história da classe operária foi marcada por superexplorações que ocorriam com o objetivo final de obter lucro para os donos do capital. Durante o surgimento do modo de produção capitalista, os obreiros eram expostos a longas jornadas de trabalho, não que ainda não sejamos (assunto específico para outra pesquisa), em condições de labor deploráveis, somados a um salário ínfimo.

Em uma tentativa de parar essa exploração desenfreada, aos poucos foram surgindo importantes símbolos e conquistas que eram frutos das lutas desses trabalhadores. A exemplo os sindicatos e até mesmo o próprio Direito do Trabalho.

Contudo, apesar das inúmeras tentativas e lutas da classe operária isso jamais cessou, pelo contrário, com o nascimento do neoliberalismo criou-se novas maneiras de exploração do trabalho humano, e a terceirização pode ser apontada como uma delas.

No ano de 2017, o fenômeno da terceirização sofreu mudanças significativas e estas, dessa vez, foram todas regulamentadas por lei, visto que até esta data não havia lei específica sobre o tema, salvo pela Súmula 331 do TST que inclusive foi considerada inconstitucional por violar os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual.

Os legisladores da Reforma Trabalhista e da Lei da Terceirização caminharam, mais uma vez, ao lado do interesse do empresariado, ampliando as formas de terceirização e impactando de maneira negativa na vida dos empregados terceirizados.

Diferente de países como os Estados Unidos onde a terceirização é utilizada como impulsionamento da economia e busca a maior perfeição do produto final, o mercado nacional vê nesta forma de contratação apenas uma forma de exploração e desoneração de encargos trabalhistas. Se isto não fosse verdade, não demandaria tanto empenho em transferir todo o seu processo produtivo para empresas terceirizadas, mesmo isso custando a qualidade final de seus produtos e a insatisfação de seus clientes.

Ocorre que no tema terceirização existem outros princípios constitucionais que precisam ser postos na balança antes de se decidir pela prática de maneira irrestrita, principalmente em um país subdesenvolvido como o nosso.

Ainda, é importante salientar que não basta apenas a criação de novos institutos legais que assegurem a proteção do obreiro frente à terceirização, mas também criar mecanismos de fiscalização e capacitação daqueles que aplicam o direito concreto. Vale ressaltar as lições de Miraglia (2008, p. 215) “as normas programáticas são um dos maiores problemas do Brasil, pois o que se percebe é que se criam leis, regras e princípios que possuem perfeita concordância verbal, mas lhes falta a perfeita concordância material”. Diante de todo o exposto, o que resta evidente é que a legislação visa a cada nova alteração garantir os direitos de quem já os têm, excluindo cada vez mais quem realmente os necessita e afastando a cada dia o real propósito de existir a justiça do trabalho

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, R. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho** (2ª ed.). São Paulo: Boitempo. 1999.

ANTUNES, R; DRUCK, M. G. A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra. **O Social em Questão**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 34, p. 19-40, ago/set. 2015.

ASSUNÇÃO-MATOS, A.; GUIMARAES JUNIOR, S. D.; FERREIRA, J. B. **Terceirização, Políticas de Flexibilização e Precarização de Direitos**. In: LEMOS, F.C.S. (Org.). *Conversas transversalizantes sobre psicologia social-comunitária, institucional e política com a saúde, educação e direitos humanos*. 01ed. Curitiba: CRV, 2017, v. 01, p. 01-820.

BRASIL. LEI Nº 13.429, DE 31 DE MARÇO DE 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm). Acesso em: 26/18/2019.

BRASIL. LEI Nº 6.019, DE 3 DE JANEIRO DE 1974. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm). Acesso em 26/11/2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista** / Vólia Bomfim Cassar, Leonardo Dias Borges. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2014.

DIEESE. Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha. In: **Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos**. Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

GODOY, Arilda Schmidt. **Pesquisa qualitativa: Tipos fundamentais. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades.** Vol 35. 3 ed. São Paulo: RAE, 2015.

GUIMARÃES JUNIOR, S. D.; ASSUNÇÃO-MATOS, A. **Embaraços Contemporâneos do Processo de Terceirização: Um Horizonte de Retrocessos já Anunciado.** R. Laborativa, v. 7, n. 2, p. 21-39, out./2018.

HARISON, Casey. An organization of labor: laissez-faire and marchandage in the Paris building trades through 1848. **French Historical Studies**, v. 20, n. 3, p. 357-380, Summer, 1997.

LOPES, Francielly Oliveira. **A Terceirização no Setor Privado Antes e Após a Reforma Trabalhista: Instrumento de Precarização do Trabalho Assalariado no Brasil / Francielly Oliveira: orientador Juliane Caravieiri Martins – Uberlândia, 2018.**

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil – São Paulo: Quartier Latin, 2008.**

RODAS, João Grandino. **Nos moldes da nova legislação, terceirização pode ser benéfica.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-15/olhar-economico-moldes-legislacao-terceirizacao-benefica>. Acesso em 12/11/2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional – 11. ed. rev. ampl. e atual.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RAITER, Luciano. **Para além das margens: A Baía de Guaratuba como patrimônio paisagístico e cultural do Paraná / Luciano Raiter; orientadora Dra. Mariluce Neis Carelli – Joinville: Univille, 2017.**

VIEIRA, F. O.; MENDES, A. M.; ÁLVARO, R. C. M. **Dicionário Crítico de Gestão e Psicodinâmica do Trabalho.** Rio de Janeiro: Ed. Juruá, 2013.

VALDETE, Souto Severo. **Terceirização, o perverso discurso do mal menor.** 2018.

VALDETE, Souto Severo. **Terceirização: quando não escraviza, destrói.** Disponível em <<http://www.amatra4.org.br/institucional/expresidentes/79-uncategorised/553-artigo-terceirizacao-quando-nao-escraviza-destroi-por-valdete-severo-juiza-do-trabalho30>>.

# UMA ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO SOB A ÓPTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Taís Grillo Martins<sup>88</sup>

**RESUMO:** O presente artigo visa explanar o benefício previdenciário do auxílio-reclusão, trazendo uma abordagem mais extensiva às áreas sociológicas, e não apenas às questões de direito previdenciário, abrangendo, principalmente, a função social do benefício, que está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade humana e às garantias fundamentais. O tema proposto se faz necessário, pois atualmente há uma grande aversão da sociedade quanto a este assunto, seja em razão de desinformação, seja por mero preconceito em torno das políticas sociais. Assim, será demonstrado que há severos pressupostos exigidos pela Previdência Social para que os dependentes do recluso tenham tal direito, desconstituindo toda a ficção criada em torno do tema, como a de que toda a pessoa que está em cárcere recebe o auxílio-reclusão. Deste modo, será utilizado o método dedutivo para se chegar a uma conclusão, através de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e principiológica ligada ao assunto. Os resultados constatarem que este benefício é de suma importância às camadas mais vulneráveis da sociedade, pois apenas visa garantir um meio de sobrevivência digna aos familiares daquele que, por derradeiro, acabou preso, mas contribuía regularmente para o sistema público de Previdência Social do país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Auxílio-Reclusão. Direito Social. Princípio da Dignidade Humana.

## ■ INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988 possui, dentre suas características, cunho ideológico, humanista e principiológico. Com isto, garante um rol de direitos fundamentais, sociais e econômicos de forma humanística, comprometendo o Poder Público e a sociedade de modo a propiciar um ambiente democrático entre o povo. Não por outra razão, seu “apelido” é Constituição Cidadã, justamente porque encaminhou a proteção de muitos direitos e garantias constitucionais para o cidadão.

Nesta toada, o poder constituinte decidiu por manter e inserir no texto constitucional o benefício do auxílio reclusão, criado pela Lei nº 3.807/60, hoje regulamentado pela Lei nº 8.213/91, que, por sua vez, dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social.

Assim, em razão do compromisso da Carta Magna com o bem-estar todos os cidadãos e cidadãs, o auxílio-reclusão foi implementado com o único intuito de preservar os familiares / dependentes do preso que possuía vínculo de emprego à época do cárcere, ou contribuía de forma autônoma para a Previdência Social.

O benefício em análise é devido apenas àqueles que comprovem a dependência financeira do segurado recluso perante o órgão responsável, qual seja, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, sendo este quem recebe os requerimentos e concede, ou não, o auxílio reclusão.

<sup>88</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: taisgrillo@yahoo.com.br/taisgrillo.m@gmail.com.

A abordagem da temática é necessária, pois se percebe que grande parcela da população brasileira tem posição contrária e não compreende o direito ao auxílio reclusão, acreditando ser uma injustiça com os demais cidadãos e que se trata de uma espécie de “bolsa” ao presidiário. Isto porque, desconhece a existência de requisitos determinados e inflexíveis para a sua concessão, ou, então, por mera contrariedade aos direitos sociais motivada por razões de ordem ou concepção política.

Assim, após ligeira abordagem sobre o conceito, características, finalidade e problemática do benefício previdenciário do auxílio reclusão, inicialmente, o artigo se estruturará com melhor explanação sobre o histórico dos direitos constitucionais e sociais.

Em sequência, dará mais ênfase ao benefício previdenciário em si, retomando, de forma mais aprofundada, conceitos básicos, requisitos e finalidade e, por fim, um apanhado sobre a realidade fática daqueles que requerem o auxílio reclusão, através de estudo de jurisprudência e índices ligados ao tema, sobrevivendo desfecho sobre a efetivação (ou não) da sua função social.

## ■ BREVE RELATO HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS

A criação dos direitos sociais foi gradualmente construída no decorrer da história, mas foi a partir da onda de industrialização europeia e do capitalismo que o tema se difundiu amplamente. Este cenário gerou grande impacto na vida dos trabalhadores, pois a mão-de-obra estava sendo substituída por máquinas, acarretando desemprego em massa e levando o povo a condições de miséria extrema.

Neste cenário de Revolução Industrial (1760-1840), surgiram os ideais marxista e socialista. Estas correntes teóricas incentivaram as classes operárias à busca por melhores condições de trabalho, pois viviam em condições desumanas e sem quaisquer direitos.

Toda a crise gerada nesta época, levou à conscientização dos chamados direitos sociais, que abrangem direitos básicos de sobrevivência, como a alimentação, vestuários, educação, saúde, lazer, moradia e segurança (no desemprego e na velhice), ou seja, garantias que possibilitem mínimas condições de sobrevivência digna. Para um melhor entendimento do conceito de direito social, observemos as palavras do ilustre doutrinador Silva (2017, p. 286):

Assim, pode-se dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta e 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.

Por fim, salienta-se que a evolução do direito social teve como primado básico o trabalho, estando intrinsecamente ligado ao direito econômico, pois, sem a intervenção estatal neste, não se concretiza aquele.

### 1.1 A evolução dos direitos sociais no Brasil

Os direitos sociais estiveram presentes em todas as constituições brasileiras. Até mesmo a Constituição do Império (1824), embora com menos intensidade, abordava questões de liberdades individuais, como liberdade a culto e religião, o direito à saúde, à educação, à livre escolha de trabalho, dentre outros.

Contudo, foi no governo de Getúlio Vargas que os direitos sociais se propagaram de forma ampla, com a criação do Ministério do Trabalho, além da promulgação da Constituição de 1934. Nesta, pela primeira vez, foi introduzido um título exclusivo sobre a “ordem econômica e social”, que trouxe ao seu texto diversos direitos trabalhistas implementados até hoje, como o direito a

décimo terceiro salário, férias, igualdade salarial, previdência social, aposentadoria e, ainda, a criação da Justiça do Trabalho.

Em razão da crise política decorrente do autoritarismo do Governo Vargas, seu mandato não perdurou e houve a promulgação de uma nova Constituição, em 1946. Foi neste contexto que houve a regulamentação do direito previdenciário brasileiro, mais precisamente pela Lei nº 3.807/60. Tal legislação previu expressamente o direito ao benefício auxílio reclusão aos dependentes do indivíduo preso, porém contribuinte (SILVA, 2017).

Com o advento do golpe civil-militar de abril de 1964, interrompendo a jovem e acidentada democracia brasileira, foi promulgada, pelo governo da época, outra Constituição, a de 1967, ocasião em que diversos direitos sociais e trabalhistas foram declinados, seguindo-se a Emenda Constitucional n. 1, em 1969, com a qual as conquistas de cunho social até então asseguradas, foram afrontadas e/ou suprimidas.

Passada a era ditatorial, promulgou-se a atual Constituição Federal de 1988, bastante influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. No texto pátrio, o fenômeno do bem-estar social transpassou amplamente as normas constitucionais, garantindo e prevendo, a todos os cidadãos, amparo em casos inesperados de vulnerabilidade. Vejamos os ensinamentos de Castro (2017, p.86):

[.] refere-se aos Direitos Sociais Fundamentais como direitos do indivíduo em face do Estado, afirmando que, em função da preservação da autodeterminação do ser humano – que se obtém não apenas a partir da liberdade de agir, mas sim de uma liberdade de fato – há que se ter um conteúdo mínimo a ser provido, para assegurar as condições mínimas de vida digna.

Assim, a atual Constituição brasileira consolidou-se, estabelecendo diversos direitos sociais, como a educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, a proteção aos desamparados, infância e maternidade, e previdência social, que abrange o benefício do auxílio-reclusão.

Por fim, salienta-se, a presente Carta Magna restabeleceu a democracia do país, ao superar o regime antecedente e trazer à tona, novamente, os direitos fundamentais e sociais, visando diminuir as desigualdades sociais alastradas no período precedente à nova redação constitucional.

### ■ 3. SEGURIDADE SOCIAL: CONCEITOS E PRINCÍPIOS

Esclarecido o histórico e a origem dos direitos sociais, passa-se à análise do capítulo VIII- “Da Ordem Social” - da Constituição Federal de 1988.

A Seguridade Social nada mais é do que um conjunto ajustado do Poder Público e da sociedade para propiciar direitos ligados à saúde, à previdência e à assistência social, objetivando, sobretudo, uma coletividade mais justa e igualitária. Neste sentido são os preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 22:

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Trata-se de um conceito amplo de proteção social, por isso foi distribuído em Previdência Social, Assistência Social e Saúde. A previdência se diferencia dos outros institutos, resumidamente, em um aspecto: a necessidade de contrapartida. Aquele (trabalhador/trabalhadora) que dela precisar deverá demonstrar a condição de contribuinte para poder demandar direitos, a exemplo do benefício em análise.



Neste diapasão, averigua-se que o principal mecanismo da proteção social, no Brasil, é a Seguridade Social. Segundo Leite (2003), “é conceituada como o conjunto de medidas com as quais o Estado procura atender à necessidade de que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranquilidade quanto ao dia de amanhã”.

A obrigação de custeio se impõe para que a sociedade, de uma forma geral, possa usufruir dos benefícios e serviços previstos na legislação previdenciária, sendo essencial a demonstração de prova quanto às contribuições. Tal dever, como já dito, decorre da lei; muitas vezes, há obrigação de contribuir sem qualquer contraprestação, é o que explica Castro (2017, p. 130-131):

O liame obrigacional tem fundamento, nestes casos, no ideal de solidariedade que fundamenta a Previdência Social, embasado na teoria do risco social, segundo a qual toda a sociedade deve suportar o encargo de prover a subsistência dos incapacitados para o trabalho.

O texto pátrio é guarnecido por princípios basilares que norteiam as normas, dando sentido e finalidade aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Deste modo, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais assíduo, após as experiências de guerras mundiais. Segundo Rabenhorst (2001, p. 15):

O termo dignidade, do latim *dignitas*, designa tudo aquilo que merece respeito, é acima de tudo uma categoria moral que se relaciona com a própria representação de que fazemos na condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala de seres.

O princípio da dignidade humana está inserido no rol dos fundamentos da CF/88, fazendo jus aos valores defendidos pela norma suprema e com máxima força vinculativa, tornando o princípio uma referência vital para aqueles que interpretam e aplicam as normas ligadas aos direitos fundamentais.

Outro princípio essencial é o da solidariedade, que consiste na premissa de que todos devem contribuir para o sistema da Seguridade Social, seja de forma direta ou indireta. O Estado e a sociedade são “solidariamente” responsáveis por este sistema, não havendo diferenciação entre um indivíduo que tenha contribuído por anos e outro, que tenha feito poucas contribuições. Ambos terão renda garantida, caso aconteçam imprevistos que os impeçam de laborar, ou seja, todos participam do custeio da Seguridade Social (AMADO, 2017).

Ademais, existem vários outros princípios, como o da isonomia, o da igualdade, o da erradicação da pobreza, universalidade da cobertura e do atendimento, dentre outros, todos constitucionalmente previstos, visando basicamente dar condições mínimas de vida digna aos necessitados e concretizar a chamada justiça social.

#### ■ 4. AUXÍLIO RECLUSÃO: CONCEITO, FINALIDADE, REQUISITOS, MP Nº 871/2019 E ÍNDICES

O auxílio reclusão é um benefício previdenciário instituído pela Lei nº 3.807/60, hoje regulamentado pela Lei nº 8.213/91, bem como está previsto no artigo 201, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, ficando demonstrado o grade aparato normativo que este direito possui e, conseqüentemente, sua legalidade. Veja-se o ensinamento de Bragança (2012, p. 124):

O auxílio reclusão está inserido no art. 80 da Lei 8.213/91, e será devido nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não recebe remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Tal benefício é devido aos dependentes do segurado do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS que esteja em cárcere, durante todo o período de reclusão ou detenção. Deste modo, sua finalidade maior é a proteção dos familiares/ dependentes, financeiramente, do segurado infrator de baixa renda.

O direito ao auxílio reclusão é oriundo do dever do Estado em cuidar da família, assim como prevê o artigo 226 da CF/88 “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. A proteção à família, no direito previdenciário, está interligada a apenas dois benefícios - à pensão por morte e ao auxílio aqui debatido - sendo, nesta segunda hipótese, beneficiário não o contribuinte direto, mas sim seus dependentes econômicos (AMADO, 2017).

Ainda, pode-se dizer, é com assento na instituição familiar que o princípio da individualização da pena foi pensado, justificando o fato de que os dependentes de autor de um ilícito penal não poderiam ser igualmente sancionados, para além da privação da presença do responsável por abastecer o seio parental, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XLV, da Carta Maior.

#### 4.1 Dos requisitos técnicos: Medida Provisória nº 871 de 18 de janeiro de 2019

Passa-se à explanação das questões técnicas do benefício objeto do presente artigo. Inicialmente, cumpre esclarecer que o novo governo realizou diversas alterações na legislação previdenciária através da Medida Provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019, convertida na Lei nº 13.846 de 18 de junho de 2019.

O requisito básico para se ter direito a qualquer benefício previdenciário é a indiscutível condição de segurado, ou seja, é necessário que seja mantida a qualidade de segurado no momento da prisão do indivíduo, que deverá, obrigatoriamente, ser contribuinte do Regime Geral de Previdência Social (SANTOS, 2018).

A inovação legislativa alterou o sentido de segurado no tocante ao auxílio reclusão, pois, atualmente, são necessárias, no mínimo, 24 (vinte e quatro) contribuições (carência) para que os dependentes tenham acesso ao benefício. Antes da MP, bastava o recluso estar com vínculo empregatício na época da prisão, ou estar no chamado “período de graça”, ou seja, estar a 12 (doze) meses do término (do recebimento de algum benefício) ou do último recolhimento realizado ao INSS, nestes casos, perdurava a condição de segurado (BRASIL, 2019).

Além da exigência de, no mínimo, 24 (vinte e quatro) contribuições, outro ponto relevante que sofreu mudança é o regime em que o segurado cumpre a pena. Apenas os segurados que cumprem penalidade em regime fechado terão direito ao auxílio reclusão, excluindo-se aqueles que cumprem pena em regime semiaberto, como era previsto anteriormente (BRASIL, 2019).

Quanto ao quesito renda, há um limite estipulado, atualmente, no valor de R\$ 1.364,43 (um mil e trezentos e sessenta e quatro e quarenta e três centavos). Antes da MP, bastava que o último salário do recluso não ultrapassasse tal valor, contudo, agora, faz-se uma média das últimas 12 contribuições, que não devem ultrapassar o valor acima citado, caracterizando o requisito baixa renda, como explica Santos (2018, p. 385):

É bom lembrar que a jurisprudência diverge sobre o salário de contribuição a ser considerado quando o segurado é preso no período de graça, mas tem predominado a aplicação das Instruções Normativas. Entretanto, o STJ adotou entendimento em sentido contrário: “[.] 1. A questão jurídica controvertida consiste em definir o critério de rendimentos ao segurado recluso em situação de desemprego ou sem renda no momento do recolhimento à prisão. O acórdão recorrido e o INSS defendem que deve ser considerado o último salário de contribuição, enquanto os recorrentes apontam que a ausência de renda indica o atendimento ao critério econômico. 2. À luz dos arts. 201, IV, da Constituição Federal e 80 da Lei 8.213/1991 o benefício auxílio-reclusão consiste na prestação pecuniária previdenciária de amparo aos dependentes do segurado de baixa renda que se encontra em regime de reclusão prisional. 3. O Estado, através do Regime Geral de Previdência Social, no caso, entendeu por bem amparar os que dependem do segurado preso e definiu como critério para a concessão do benefício a ‘baixa renda’. 4. Indubitavelmente que o critério econômico da renda deve ser

constatado no momento da reclusão, pois nele é que os dependentes sofrem o baque da perda do seu provedor [..].

Cabe salientar que o INSS segue rigorosamente o quesito da renda. Caso a média das últimas 12 contribuições ultrapassar meros centavos, o requerimento do benefício será indeferido pela autarquia federal, pois entende que o parâmetro da baixa renda (do contribuinte) não foi cumprido. Isto já gerou inúmeros debates no judiciário, pois a autarquia fazia um filtro no tocante à renda dos familiares também, conforme Santos (2018, p. 387):

A questão foi levada ao Poder Judiciário em diversas ações, na qual os procuradores da União questionavam sob qual parâmetro o requisito da baixa renda deveria seguir o do segurado ou de seus dependentes. O STF, em sede de Repercussão Geral (RE 587.365/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*- 084 08.05.2019), decidiu que a renda considerada é do segurado e não a dos dependentes.

O valor efetivamente recebido pelos dependentes segue as mesmas regras da pensão por morte. Ou seja, dependerá se é aposentado ou não, mas isto não se aplica ao caso, já que se for aposentado o recluso, não há que se falar em auxílio reclusão, pois os familiares poderão usufruir da aposentadoria, normalmente, na ausência do segurado.

O marco inicial de recebimento deste auxílio previdenciário se dá de duas maneiras, a partir da prisão ou do requerimento administrativo perante o INSS. De acordo com Santos (2018, p. 388) “os dependentes receberão, a partir da data do encarceramento, se fizerem o pedido até 90 dias deste fato, do contrário, terão direito ao recebimento do benefício apenas a partir da data do requerimento deferido”. Assim, se cumprido o prazo dos 90 dias, o benefício será pago de forma retroativa.

#### 4.2 Dos Encargos dos Dependentes

Os familiares deverão estar munidos de todos os documentos pessoais do segurado infrator no momento do requerimento junto ao INSS e, claro, dos próprios. Tais arquivos, além dos pessoais, consistem em declaração emitida pela unidade prisional em que o recluso cumpre pena e uma certidão judicial que ateste a condição de privação de liberdade, no regime fechado (este último veio com a MP nº 871).

Cabe também, aos dependentes apresentar, trimestralmente, perante a autarquia federal certidão que comprove a permanência do recluso em situação de prisão no regime fechado. Insta salientar que o novo governo vinculou as informações do sistema previdenciário ao Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019). Desse modo, a Previdência cessará o pagamento de imediato, caso, por exemplo, o preso sofra qualquer alteração de regime de cumprimento de pena, evitando-se fraudes no recebimento do auxílio- reclusão.

#### 4.3 Da cessação do benefício

A legislação previdenciária não permite o acúmulo de benefícios em nenhuma hipótese. Isto significa que, se o segurado estiver preso em uma penitenciária industrial, onde há labor e exercer atividade com percepção de rendimentos, não há que se falar no auxílio reclusão, pois a finalidade do direito é justamente garantir condições de sobrevivência aos dependentes ante a ausência dos proventos do contribuinte.

Ainda, cessará o benefício, caso o segurado recluso vier a óbito. Nesta hipótese, o auxílio será automaticamente convertido em pensão por morte, não havendo nenhuma modificação no valor do benefício previdenciário (BRASIL, 2019).

Outra situação que acarreta o fim do pagamento do auxílio reclusão é quando ocorre a perda da condição de dependentes. Isto ocorre quando o cônjuge deixar de ser, financeiramente,

vinculado ao recluso; quando os descendentes completarem 21 anos de idade (salvo se for inválido, emancipado ou portador de deficiência) ou quando os pais/ irmãos deixarem de depender economicamente do segurado (EDUARDO, 2016).

Na hipótese de fuga do estabelecimento prisional, o benefício também será automaticamente interrompido, o mesmo ocorrendo se os dependentes deixarem de atualizarem as certidões que provem o encarceramento no regime fechado.

#### 4.4 Das estatísticas e índices relacionados ao benefício auxílio reclusão

As últimas atualizações nos índices e estatísticas relacionados à Previdência Social foram no ano de 2018. Assim, segundo a Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda, no ano de 2018 foram pagos 45.411 benefícios de auxílio reclusão com valor médio de R\$ 998,58, observa-se que o número de beneficiários vem diminuindo gradativamente no decorrer dos anos.

Os dados apresentados pelo governo apontam que o auxílio-reclusão consome cerca de 0,1% do total de benefícios pagos pelo sistema previdenciário brasileiro. Ainda, do total dos auxílios, indica que 95,6% foi instituído por homens e 4,4% por mulheres, conforme levantamento realizado pela Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda.

Quanto aos dependentes, a estatística indica que 81,2% deles são filhos, 17,9% são cônjuges ou companheiros e 0,1% pai ou mãe do segurado infrator. Ademais, estima-se que os gastos com o benefício em análise comprometeram cerca de R\$ 810,3 milhões de reais do erário no ano de 2018.

Ademais, a Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda informa que apenas entre 7% e 8% dos dependentes da população carcerária recebam o auxílio-reclusão. Embora os números possam parecer expressivos, reitera-se que o auxílio-reclusão consome irrisórios 0,1% do orçamento da Previdência Social e a estimativa do atual governo é reduzir drasticamente o acesso ao benefício com base nas novas regras impostas.

A título de comparação, há 110.000 mil filhas de militares recebendo pensão no Brasil, mais do que o dobro do número de famílias que recebem auxílio-reclusão. Pasmem, o valor de cada pensão gira em torno de R\$ 8.100,00 mensais, gerando um custo muito maior aos cofres públicos. Entretanto, isto não é alvo de quaisquer questionamentos como o benefício em estudo.

## ■ 5. ANÁLISE DA EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO BENEFÍCIO DO AUXÍLIO RECLUSÃO

Partindo para uma análise pragmática do benefício previdenciário, a realidade fática é outra, muito distante daquela inicialmente proposta pelos legisladores e constituintes. O primeiro óbice enfrentado pelos dependentes é o pleito administrativo perante o INSS, já que a maioria dos requerimentos são negados sob alegação do não cumprimento do requisito baixa renda, por valores ínfimos que ultrapassam o limite legalmente previsto.

Diante da escusa da Administração Pública, muitas pessoas que teriam direito ao benefício, acabam não buscando a interferência do Poder Judiciário para ter a concessão do auxílio-reclusão, por mera desinformação, ausência de recursos para buscar auxílio jurídico particular ou pela ausência de órgãos de assistência jurídica gratuita.

A competência para julgar as causas que envolvam o INSS cabe à Justiça Federal. Deste modo, compete à Defensoria Pública da União atuar na defesa dos dependentes que buscam a judicialização do referido benefício. Contudo, este é um órgão recente, que ainda está em processo de implementação, concentrado nos grandes centros, dificultando o acesso a todos os cidadãos.

Considerando a hipótese de intervenção do Poder Judiciário, os dependentes enfrentam longas demoras até conseguirem (se obtiverem) a concreta efetivação do dito auxílio. E aí que surge o questionamento: cumpre-se a função social do benefício?

Particularmente, acredita-se que não, pois até atingirem o mérito da lide, transcorre um período de meses, ou até mesmo anos, já que é sabido que o sistema judicial do país é extremamente moroso, causando prejuízo aos que dependem do benefício. Por conseguinte, os dependentes ficam desamparados, sem a assistência financeira que lhes é devida por direito.

Reforça-se que a função social dos benefícios previdenciários e assistenciais, de modo geral, não estão sendo efetivados na sua forma pensada, não estão atingindo seu objetivo de amparar aqueles que, por derradeiro, ficam impedidos de laborar.

Ademais, acredita-se que o (in)deferimento dos benefícios, em especial, o do auxílio-reclusão, não deve ser analisado de forma taxativa quanto à renda. Deve-se fazer um apanhado da realidade fática dos dependentes (observar se no núcleo familiar há proventos ou não), atentando-se se os dependentes ficarão economicamente desprotegidos ante a ausência do abastecedor, para se conferir uma decisão.

Por fim, resta demonstrado que o indivíduo de baixa renda preso e segurado, faz jus ao benefício do auxílio-reclusão, pois contribuiu com o sistema previdenciário, devendo o Poder Público executar os preceitos constitucionais garantidos na Lei Maior. Com esta perspectiva, se evitaria o infortúnio da população mais carente em razão da ausência da pessoa reclusa e da privação de condições mínimas para o sustento familiar, conseqüentemente, também preveniria o excesso de demandas no Poder Judiciário.

## ■ CONCLUSÃO

De todo o exposto, foi possível entender a essência das normas que instituíram e regulam o direito ao auxílio-reclusão, conseqüentemente, a sua imprescindibilidade para a manutenção da subsistência dos dependentes, assim como viabilizar qualidade de vida e dignidade através de uma renda mensal e se garantir o básico para a sobrevivência, ante o afastamento daquele que abastecia financeiramente o centro parental.

Como demonstrado no decorrer do artigo, ao contrário do que grande parte da população pensa, só será beneficiário do auxílio os dependentes, e não o próprio recluso.

Destarte, o auxílio-reclusão é um benefício dotado de legalidade, previsto antes mesmo do atual texto constitucional, no qual decidiu por mantê-lo na Carta Maior em seu art. 201, além de estar inserido em lei infraconstitucional reguladora dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

A presente análise também possibilitou enxergar as mazelas que os dependentes enfrentam no requerimento do benefício perante o INSS, que acaba negando-lhe por mínimos pontos, como é o caso da renda ultrapassada por insignificante quantia, mas que não interfere na condição de hipossuficiência preexistente. Isto faz com que a função social da norma não seja cumprida pelo Estado, que é responsável pelas pessoas que ficaram desamparadas em decorrência do seu poder de penalizar.

Desta forma, a alternativa visada para se evitar tais situações seria verificar de forma menos mecanizada/taxativa a condição do requisito baixa renda, essencial para o concessão do auxílio-reclusão, bem como, averiguar se a família solicitante ficará, ou não, desamparada diante da ausência do provedor, se há alternativa para resguardar o direito de se ter uma vida condigna.

Ademais, quanto ao desprezo pelo dito benefício, acredita-se que apenas a informação verídica poderá reverter este cenário, levar ao conhecimento da sociedade a finalidade, requisitos e princípios que permeiam este direito de suma importância para evitar situações de miserabilidade, assim como, diminuir as desigualdades sociais através da permanência do grupo familiar nas atividades econômicas, evitando, inclusive, declínio na Ordem Econômica do Estado.

Ao fim, conclui-se que há muito que se refletir e repensar acerca das problemáticas que percorrem o sistema de justiça no país, o discurso não pode ficar limitado a quantias/despesas.



O ideal seria que não fosse necessário buscar tal amparo financeiro, o ideal seria uma sociedade justa e igualitária, sem pessoas beirando à miséria, sem discursos de ódio e desinformados que violam o princípio da individualização da pena, fazendo com que o Estado não atinja os objetivos fundamentais elencados no art. 3º da Constituição Federal.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O auxílio reclusão como um direito humano e fundamental**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 63, abr. 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6090](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6090)> Acesso em abr. 2019.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. Frederico Amado- 9. Ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL. **Instituto Nacional do Seguro Social**. Disponível em <<https://www.inss.gov.br/beneficios/auxilio-reclusao/>> acesso em. Acesso em 15 de abr. de 2019.

BRASIL. **Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda**. Disponível em <<https://asmetro.org.br/portalsn/2018/03/13/gastos-com-auxilio-reclusao-atingiram-r-8409-milhoes-ano-em-2017/>>. Acesso em 17 de abr. de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 17 de abr. de 2019.

BRASIL. **Medida Provisória nº 871/2019**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm). Acesso em 03/06/2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>

DUTRA, Micaela Dominguez. **Capacidade contributiva: análise dos direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

EDUARDO, Ítalo Romano. **Curso de direito previdenciário**. Ítalo Romano Eduardo, Jeane Tavares Aragão Eduardo. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LEITE, Celso Barroso. **Curso de direito previdenciário em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

LOPES, J. **Fazer do trabalho científico em ciências sociais aplicadas**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2006.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Maria Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado®**/Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. -9.ed.-São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40 ed.- São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2017.



PEREIRA, Emmanoel. **Direitos sociais trabalhistas: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas**/ Emmanoel Pereira. São Paulo: saraiva Educação, 2018.

WOLFF, Maria Palma. **Direitos Sociais: fundamentos e política de implementação**. Maria Palma Wolff. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

# TRABALHO INTERMITENTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Tanilson Alves de Sousa<sup>89</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como escopo tratar do trabalho intermitente, uma nova espécie de contrato de trabalho que pode ser firmado entre o empregado e o empregador, tratado no artigo 443, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, inserido a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, denominada de reforma trabalhista. Esta nova modalidade contratual será abordada à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a discussão irá girar em torno de três tópicos específicos, quais sejam: a) transferência dos riscos do empreendimento ao trabalhador contratado como intermitente; b) análise de constitucionalidade em relação à possibilidade de o empregado receber valores inferiores ao salário mínimo com a adoção do contrato de trabalho intermitente; e a c) violação do direito constitucional às férias a que faz jus o empregado intermitente. Após essa análise, buscar-se-á fazer uma reflexão constitucional da reforma legislativa, mormente em relação à adoção do contrato de trabalho intermitente e às características específicas estabelecidas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Trabalho Intermitente. Reforma Trabalhista. Férias. Salário Mínimo.

## ■ INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais, um assunto que vem sendo amplamente discutido é a entrada em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, da Lei nº 13.467/2017, que veio a alterar o Decreto Lei nº 5.452/43, popularmente conhecido como Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, acarretando discussões acerca do seu caráter constitucional, ou seja, se há garantia à dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos reconhecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considerando as alterações legislativas operadas.

Há anos vem ganhando força uma grande corrente, que tem perspectiva liberal-individualista, que pretende trazer a intervenção mínima do Estado nas relações de emprego, pregando, por conseguinte o mérito individual. Todavia, resta analisar se tal percepção seria possível, ante a prevalência de uma Constituição cidadã, que elevou os direitos trabalhistas ao seu rol de proteção máximo, com status de direitos fundamentais, direitos sociais da pessoa humana, a fim de dar-lhes maior efetividade.

Apesar disso, faz-se necessário destacar que a CLT, com o advento da reforma trabalhista, passa a permitir flexibilização de alguns direitos quando for feito por meio de CCT e ACT, vejamos:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(,)

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente.

O legislador deu total liberdade para que os empregados e empregadores ou os sindicatos patronais e os dos trabalhadores dispusessem sobre trabalho intermitente, regime de sobreaviso e teletrabalho, tendo a convenção ou acordo coletivo prevalência sobre a lei.

<sup>89</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: sousatanilson@hotmail.com.

Deste norte cabe invocar as palavras de Streck (web) no sentido de que está vigente “a vedação ao retrocesso social”, que estabelece ser impossível abrir mão de direitos sociais que foram conquistados durante toda uma evolução histórica da sociedade.

O trabalho intermitente mostra-se um tema muito complexo por ser relativamente novo no diploma legislativo pátrio, e o legislador, ao colocar esse novel diploma, ainda permite que haja negociação entre as partes e que essa negociação tenha prevalência sobre a lei. Tal disposição claramente cria instabilidade e pode causar um retrocesso “social imenso” frente a direitos já constituídos, como o direito do trabalhador de receber um salário mínimo, gozo efetivo de férias, além de claramente desvirtuar a alteridade que deve haver entre empregado e empregador.

## ■ 1. O CONTRATO INTERMITENTE E A DESCARACTERIZAÇÃO DA ALTERIDADE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Uma das principais características que configura a relação de emprego é a subordinação, que dispõe que o trabalhador está subordinado às ordens do seu empregador. Este princípio tem basilar importância, tendo em vista que o empregador é quem arca com todos os riscos do seu empreendimento. Conforme dispõe Cisneiros, ao empregador caberão os riscos do negócio, devendo arcar com eventuais prejuízos:

O fundamento desse poder diretivo do empregador está no risco do negócio, assumido exclusivamente por ele (A alteridade, portanto, fundamenta o estado de subordinação jurídica do empregado). Ora, se o patrão arca sozinho com os prejuízos, nada mais justo que detenha o poder diretivo da relação jurídica.

Deste modo, é elemento fundamental desta relação laboral que o empregador deve assumir todos os riscos que a sua atividade possa trazer. Este princípio está esculpido no art. 2º da própria CLT ao aduzir que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Portanto, resta evidente que o empregador deve assumir os riscos do negócio, jamais podendo serem transferidos esses ônus ao empregado.

O artigo 443, §3º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/17, traz a previsão do trabalho intermitente e como pode ser desenvolvido, ao prever que: “o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente”. Assim, resta previsto na legislação laboral o trabalho intermitente no rol dos contratos trabalhistas.

Há de se destacar que as disposições do trabalho intermitente são amplas e existe, tão somente, uma vedação de modalidade de prestação de serviço como possível de ser prestada por trabalho intermitente, que são os aeronautas, que possuem legislação própria, e estando excluídos.

O legislador deu uma atenção mais específica para alguns trabalhadores, como, a título de exemplo, o trabalhador advogado, regulamentando o exercício da profissão com a Lei 8.906, de 4 julho de 1994, Estatuto da Advocacia. Também possuem legislação própria fisioterapeuta, o professor etc.

Portanto, acerta o legislador ao dar atenção específica para determinadas categorias, tendo em vista que cada profissão, há todo um conjunto de fatores para o seu exercício. Peca, entretanto, quando cria dispositivo Legislativo muito abrangente, com o intuito de atingir todas as classes de trabalhadores, sem diferenciação entre elas, como é o caso do trabalho intermitente.

§3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do

tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Ao dispor que o trabalhador pode laborar, com relação de emprego, tendo subordinação, de forma não contínua ocorrendo com alternância de períodos de serviço e de inatividade, o legislador está abrindo espaço para que o funcionário arque possivelmente com os riscos dos negócios, desvirtuando por completo o princípio da alteridade, esculpido no artigo 2º da CLT. Art. 2º - “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Um discurso que ganha força entre os apoiadores do trabalho intermitente é usar o exemplo das pessoas que trabalham com eventos, promotores, seguranças, garçons etc., mas então não deveria o legislador em vez de colocar o aeronauta como exceção, colocar como lícita tal modalidade de contrato unicamente para os trabalhadores do ramo de eventos?

O empregador, ao enfrentar um período de poucas vendas no caso do comércio, ou de pouca produção em se tratando do setor industrial, não convocará o intermitente para prestar-lhe serviços, ficando assim desobrigado de remunerá-lo. Por óbvio, o trabalhador que está submetido ao regime de trabalho intermitente é quem necessariamente deixará de receber seus proventos.

Como bem destaca Alves, a desvirtuação da alteridade só servirá para empobrecer ainda mais uma classe trabalhadora já muito sofrida:

A pretensão dos detentores do capital no Brasil, bem como de seus prepostos alojados nos três poderes da República, é reduzir o custo do trabalho em detrimento da classe trabalhadora e da Constituição da República. A ideia é pagar salário apenas e especificamente por trabalho efetivamente entregue, sem preocupação em remunerar qualquer período de inatividade. Trata-se de uma tentativa grave de ruptura dos paradigmas protetivos do trabalho contra os abusos do capital, o que certamente ensejará o empobrecimento da classe trabalhadora e, conseqüentemente, de todo o país.

Por tais razões, o trabalho intermitente da forma que está disposto, sem um mínimo de restrições para que se o celebre, evidentemente fere o princípio da alteridade por transferir os riscos do negócio para o trabalhador, deixando-o em total desvantagem na relação de emprego.

## ■ 2. DA POSSIBILIDADE DE O TRABALHADOR NO REGIME INTERMITENTE RECEBER MENOS QUE O MÍNIMO CONSTITUCIONAL

Nessa esteira, percebe-se que o trabalhador corre o risco de receber menos que o salário mínimo, tendo em vista que ele poderá ser convocado somente por 10, 15, 20 horas mensais. A constituição dispõe no seu artigo 7º, IV, que o trabalhador deverá receber um salário que garanta o mínimo para sua subsistência. Ao fazer isto, o constituinte não fixou uma remuneração exata, até porque seria humanamente impossível, mas instituiu que a lei disporia sobre uma faixa mínima que deveria ser respeitada. Assim nas palavras de Vasconcelos:

O salário mínimo é assegurado constitucionalmente e nacionalmente unificado, correspondendo ao valor fixado por decreto presidencial, conforme alude o art. 3º da Lei n. 12.382/2011, e é estabelecido como garantia de contraprestação mínima para a jornada normal de trabalho, independentemente da denominação que se dê às frações que compõe; objetiva atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (art. 7º, IV).

O texto constitucional exige um salário mínimo que dê dignidade à pessoa, que possa garantir que o indivíduo tenha a possibilidade de prever o seu rendimento mensal. Desse modo, nas palavras de Streck: “não há relação de emprego em qualquer hipótese infraconstitucional, que não seja reconhecida a garantia do recebimento do salário mínimo”.

Quando o constituinte dispôs que deveria ser estipulado um salário mínimo, ele o fez em uma perspectiva transindividual, com o intuito de dar ao trabalhador uma mínima previsibilidade de como seriam os seus rendimentos mensais.

Quando o artigo 7º dispõe sobre salário mínimo, ele o faz numa perspectiva transindividual de periodicidade mensal para dar previsibilidade à vida dos trabalhadores na realização de suas diferentes atividades diárias (não apenas trabalho, mas também lazer, convivência social e familiar, etc.). Tanto é assim que nenhum benefício que substitua o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado da Previdência Social terá valor mensal inferior ao salário mínimo (Constituição de 1988, artigo 201, §2º).

Deste exposto, gritante fica a vulnerabilidade a que está sendo submetido o trabalhador que se obriga a aderir ao regime de trabalho intermitente, em decorrência do regime salarial completamente instável a que ele encontrar-se-á submetido.

Nesse sentido, assevera Silva:

Quanto à fixação, a Constituição vigente, ao contrário das anteriores, oferece várias regras e condições, tais como: (a) salário-mínimo, fixado em lei nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e as de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Como pode-se ser observado, o constituinte ao se referir ao dever de prestação de salário não menor que um mínimo estabelecido nacionalmente, ele quer garantir que estes assalariados tenham condições de atender suas necessidades essenciais, tais como lazer, saúde, dentre outras necessidades. O que se faz mister é saber se teria o legislador infraconstitucional poder para restringir o direito ao salário mínimo, que serve de base para garantir tantos outros direitos sociais.

Deste norte, ainda continua o raciocínio de Silva: “salário nunca inferior ao mínimo para os que percebem remuneração variável, caso dos garçons, oficiais de bombeiros, por exemplo, que têm sua remuneração composta de salário pago pelo empregador, e gorjetas”<sup>9</sup>. Note-se que o autor assevera que o salário pago pelo empregador não pode ser menor que o salário mínimo. Agora vejamos, como já foi supratranscrito, o legislador, ao criar a modalidade de trabalho intermitente, abriu essa possibilidade, tendo em vista que o trabalhador poderá prestar serviço para o empregador somente por algumas horas mensais, fazendo jus então ao recebimento daquelas horas efetivamente trabalhadas, como pode-se extrair da consolidação das leis do trabalho:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

Ora vejamos, o legislador infraconstitucional ao criar tal dispositivo teve o cuidado de garantir que o valor da hora trabalhada não seja inferior ao que chegaria ao salário mínimo, porém, não estipulou que o trabalhador deverá receber o mínimo constitucionalmente garantido. Ainda não bastasse, o que caracteriza o trabalho intermitente é a eventualidade, a alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, como pode-se extrair do texto legal:

§3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Não obstante, incontroverso fica que o trabalhador que se submeter a este regime de contrato, não prestará serviços para o mesmo empregador rotineiramente, porque isso descaracterizaria a intermitência, já que este contrato só se caracteriza pela eventualidade. Desta feita, muito provavelmente o trabalhador que tiver só um vínculo empregatício receberá ao fim do mês um valor pecuniário menor que o salário mínimo nacional.

Importante se faz destacar mais uma vez as palavras de Streck (web): “não há relação de emprego em qualquer hipótese infraconstitucional, que não seja reconhecida a garantia do recebimento do salário mínimo”. Vendo essa situação salutar se faz ressaltar as palavras do Canotilho: “os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos”. Tem esta citação o condão de demonstrar o princípio da “vedação do retrocesso”, que dispõe que qualquer ato tendente a revogar direitos sociais já regulamentados, sem a tentativa de criar alternativas capazes de compensar a anulação destes benefícios, que nesse caso seria o direito ao salário mínimo, deve ser considerado inconstitucional.

Esclarecendo o que deve acontecer com normas infraconstitucionais que se contraponham a comandos constitucionais vem Silva:

essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis decretos etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou atos do poder público, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceitos ou princípios da constituição.

Não restando outra opção a ser tomada, a não ser a retirada da norma não condizente com o que dispõe a constituição, do ordenamento jurídico, nesse caso o trabalho intermitente. Ainda corroborando este pensamento dispõe Silva: “essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico entendido, por si mesmo como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária”.

O ordenamento jurídico tem de ser analisado unitariamente partindo-se do pressuposto que existe uma norma que dá fundamentação a todo o sistema. No caso da legislação brasileira, essa norma é a Constituição Federal.

Geralmente se representa a estrutura hierárquica de um ordenamento por meio de uma pirâmide, donde se pode falar também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide, o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se olharmos de alto a baixo a pirâmide de processos de produção jurídica.

Essa estrutura tem de ser respeitada para se chegar à tão sonhada “segurança jurídica”. Quando o legislador infraconstitucional legisla no sentido de afrontar a constituição, que prevê em seu texto a garantia do salário mínimo, essa afronta tem de ser de imediato expurgada do ordenamento.

## 2.1 Do Direito a Férias

O Direito às férias, está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece no “Art. 7º, XVII, gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a



mais do que o salário normal”. Com este dispositivo fica destacada a importância que o constituinte deu a esse direito.

As férias podem ser definidas como descanso anual remunerado assegurado constitucionalmente a todo empregado. Elas têm por objetivo que o empregado desfrute de um tempo de descanso para reestabelecer as suas energias físicas, o seu equilíbrio emocional, o seu convívio com a família, dentre outros aspectos.

Note-se que as férias têm o condão de reestabelecer as energias físicas do trabalhador, além do equilíbrio emocional, como assevera o autor supratranscrito. Não obstante, constata-se que as férias têm muito a ver com a saúde física e emocional daquele, como pode-se extrair do que afirma novamente Rezenti:

As férias constituem verdadeiras normas de saúde públicas, ou seja, normas de caráter imperativo, razão pela qual veremos mais à frente que não poderá o empregado abrir mão do direito de gozá-las, bem como que a lei veda a sua integral conversão em pecúnia.

Por conseguinte, extrai-se que se trata de um direito elencado pelo constituinte no rol dos direitos sociais, desta feita, não podendo retroceder, como assevera Novelino, ao se referir à vedação do “EFEITO CLIQUET<sup>17</sup>”, que significa o dever de não retrocesso social, ou princípio da segurança jurídica. Nas palavras do autor, um direito social constitucionalmente garantido não pode retroagir.

Consoante o constituinte ter elencado o direito às férias no rol de direitos fundamentais, ele automaticamente subordinou toda a legislação infraconstitucional, isso pode ser visualizado no texto normativo “Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito”.

Em consonância, o legislador, ao criar a modalidade de trabalho intermitente, impôs o dever de o empregador conceder férias anuais ao seu empregado como dispõe o artigo 452-A §9 da CLT:

§9 A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Como extrai-se do artigo supratranscrito aparentemente este direito constitucional está sendo observado. O que se faz duvidoso é o fato de que o elemento caracterizador do contrato de trabalho intermitente é a eventualidade: para que o trabalhador possa manter mais de um vínculo de emprego com outros empregadores, com alternância, conforme prevê o §3º do artigo 443 da CLT. Ora, se o intuito dessa modalidade de emprego é tornar possível o vínculo com mais de um empregador, como vai esse empregado gozar de férias se ele tiver cinco empregadores por exemplo, com tempo de aquisição do direito a férias diferente entre eles, será que esse empregado terá o efetivo gozo de férias?

Importante destacar o que assevera Silva: “o repouso do trabalhador é outro elemento que se inclui entre as condições dignas de trabalho<sup>18</sup>”. Então em havendo a falta da garantia do repouso pelas férias estará ferindo a dignidade do trabalhador.

Fora desumano o sistema de submeter os trabalhadores a trabalho contínuo em todos os dias da semana e do ano, sem previsão de repouso semanal remunerado, sem férias e outras formas de descanso. Atenta a isso é que a Constituição, seguindo evolução que vem de cartas magnas anteriores, assegura: (a) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; (b) gozo de férias anuais, remuneradas com pelo menos um terço a mais do salário normal.

Ora, se é desumano submeter trabalhadores a trabalhos contínuos durante todos os dias da semana e do ano, com a evolução da constituição, e de todas as garantias que foram conquistadas durante tantos anos, incabível seria aceitar uma forma de contrato de trabalho que possa pôr em risco a dignidade do trabalhador: isso ferirá de morte indubitavelmente o princípio do “não retrocesso”<sup>20</sup>, que deve ser tido como basilar do ordenamento jurídico.

A Associação Nacional da Magistratura Trabalhista, (ANAMATRA), na sua 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, decidiu após debate sobre o tema pela inconstitucionalidade da modalidade de trabalho na forma intermitente:

É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-A da CLT, por violação do art. 7º, I e VII da Constituição da República e por afrontar o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas.

Nessa esteira, o tema mostra-se digno de uma maior discussão, pois o ordenamento jurídico não aceita normas discrepantes dos mandamentos constitucionais; como assevera Silva: “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da “Constituição Federal”.

Deixar que direitos previstos no texto constitucional sejam obnubilados por disposições infraconstitucionais é sem dúvida rasgar e ferir de morte todo o ordenamento jurídico. Para que isso não aconteça é necessário que disposições que contrariam direitos como o de efetivamente gozar de férias sejam expurgadas desse ordenamento.

## ■ CONCLUSÃO

É tempo de concluir. A respeito da alteridade assevera Cisneiros: “o fundamento desse poder diretivo do empregador está no risco do negócio, assumido exclusivamente por ele (a alteridade, portanto, fundamenta o estado de subordinação jurídica do empregado)”.<sup>23</sup> Ora, se o fundamento da subordinação é o fato de o patrão assumir os riscos do negócio, totalmente desvirtuada ela ficaria se se deixar que o empregado venha a arcar com tais riscos.

A transferência dos riscos do negócio na modalidade de trabalho intermitente é o que acontecerá porque o empregador ao seu bel-prazer poderá não requisitar o empregado subordinado a ele.

O contrato, nos termos pretendidos pelo capital, reduz o trabalhador à coisa, objeto, instrumento que será utilizado pelo patrão de modo intermitente, quando este bem entender. Quando não estiver sendo usado, ficará o empregado recolhido à sua insignificância. Nada mais antitético à ideia de alteridade.

Aceitar o trabalho intermitente mostra-se um grande retrocesso social, pois desrespeita a alteridade que deve haver nas relações de emprego, como bem assevera Novelino, os direitos sociais só podem progredir, nunca regredir.

Não obstante no que se refere à garantia do salário mínimo previsto na constituição no seu art. 7º, IV, o contrato de trabalho intermitente afronta-o de forma horrenda, tendo em vista que com a intermitência o trabalhador simplesmente não terá como prever quanto receberá, podendo ser até menos que o mínimo constitucionalmente exigido. Por tal razão tal modalidade de trabalho está eivado de profundo vício de inconstitucionalidade.

Daí se dizer que contraprestação é elemento natural dos contratos de emprego em geral. Ocorre que o trabalhador intermitente não poderá sequer prever qual será a expressão final da sua remuneração mensal, dada a imprevisibilidade que deve ser a marca da intermitência.

O trabalho intermitente pela sua essência também desvirtua o direito às férias, que é um direito previsto na Constituição, pelo simples fato da sua razão de existir ser para que o trabalhador tenha diversos empregadores, trabalhando em horários não fixos e em períodos de tempo diversos. Por tal razão, torna-se praticamente impossível o empregado realmente gozar das suas férias.

É tempo de a ciência jurídica embeber-se de discussões e análises constitucionais, para decidir se a finalidade que buscou o constituinte de 1988, ao promulgar a Carta Política está sendo seguida ou se o seu espírito, que ao tempo era de mudança e renovação, já não tem mais influência. Bom invocar as palavras do professor Häberle: “a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático.

A partir dessa interpretação, conseguir-se-á trazer legislações que tenham um caráter maior de constitucionalidade, para se garantir a sistematicidade de todo o ordenamento jurídico, e não a criação de leis que claramente afrontam a Constituição; como é o caso do Trabalho Intermitente, que se constitui flagrante inconstitucionalidade, além de mostrar-se uma aberração do sistema jurídico, por contrariar a própria CLT, que prega o princípio da alteridade no seu artigo 2º. Além de afrontar a Carta Magna no que diz respeito à garantia do salário mínimo, e do direito a férias.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Amauri Cesar, **TRABALHO INTERMITENTE E OS DESAFIOS DA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA**: Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/escola/download/artigos/Artigo-Amauri-Cesar-AlvesTrabalho-intermitente-e-os-desafios-da-conceituacao-juridica.pdf>>. Acesso em: 18/10/2019.

BOBBIO, Norberto. Trad. Auri Marcelo Solon. **Teoria do ordenamento jurídico**, São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. CISNEIROS, Gustavo. **Direito do Trabalho Sintetizado**. Método, 04/2016. [Minha Biblioteca].

Constituição Da República Federativa Do Brasil disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> acesso em 20/09/2018,

**Enunciados da Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho** disponível em: <[https://drive.google.com/file/d/1oZL9\\_JohYjNlnVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view](https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNlnVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view)> acesso em 05/11/2018.

HÄBERLE, Peter. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, reimpressão, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional** - Volume Único, 9ª edição. Método, 02/2014. [Minha Biblioteca].

RENZETTI, Rogério. Série Provas & Concursos - **Direito do Trabalho - Teoria e Questões Práticas**, 5ª edição. Método, 06/2018. [Minha Biblioteca].

SILVA, José Afonso da: **Curso de direito constitucional positivo**, Malheiros, 41ªed, São Paulo, 2018.

Streck, Lenio Luiz. **Reforma Trabalhista – Contrato Intermitente é Inconstitucional**. disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez04/streck-reforma-trabalhista-contrato-intermitente-inconstitucional>> Acesso em 26/10/2018.

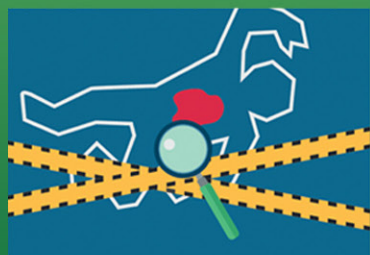
VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**, 4ª edição., 4th edição. Editora Saraiva, 2013. [Minha Biblioteca].

# SADU

IV Semana Acadêmica de Direito da Univille



GRUPO DE TRABALHO:  
CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA



# INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E EDIÇÃO DE NORMA REGULAMENTADORA: ANÁLISE DA ADO DE N.º 26

Horan Bortolotti Czernay<sup>90</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo, elucidar o controle das omissões inconstitucionais realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Temos como proposta: (i) verificar em que momento ocorre a mora inconstitucional e (ii) expor os métodos disponíveis para colmatação das inconstitucionalidades omissivas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. O nosso problema enfrentado neste trabalho é compreender se o STF possui o poder constitucional de colmatar, de forma autônoma, omissões legislativas, bem como analisar as formas de delimitar o poder discricionário do mesmo, a fim de prevenir decisões de cunho político, que ameacem o Estado Democrático de Direito e, principalmente, a Separação de Poderes. Nesse sentido, durante o que é demonstrado, faremos uma análise crítica a respeito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de n.º. 26, cujo Pretório Excelso, ao reconhecer o estado de mora inconstitucional, realizou interpretação conforme a constituição e enquadrou, como crime de racismo previsto na lei de n.º. 7.716/89, os atos de homofobia e transfobia tidos como atentatórios à direitos e liberdades fundamentais, com base no inciso XLI do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Quanto a metodologia aplicada que compõe este trabalho, é qualitativa, de índole bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVES:** Controle de Constitucionalidade. Omissão Inconstitucional. Direito Constitucional. Direitos e Liberdades Fundamentais.

## ■ INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura métodos de controle constitucional que têm como objetivos: assegurar direitos e garantias fundamentais, preservar o Estado Democrático de Direito e, principalmente, delimitar o poder de atuação do legislativo, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal (STF) competência constitucional para controlar, de forma concentrada, as declarações de inconstitucionalidade das normas. Nesse sentido, o tribunal realiza um controle de forma negativa, isto é, conforme ensina Kelsen<sup>91</sup>, a permissão constitucional para que o Tribunal, analisando a norma quanto a sua inconstitucionalidade, a elimine do ordenamento jurídico. Trata-se, o que ele denominou de legislador negativo.

A fim de evitar uma lacuna de direitos, a Constituinte de 1987 assegurou dois importantes instrumentos que colaboram com o controle das omissões inconstitucionais. São eles: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ambos previstos na CRFB/88

<sup>90</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Pesquisador bolsista do Programa de Iniciação Científica - PIC. Projeto: POSJUR. E-mail: horan.abc@hotmail.com.

<sup>91</sup> Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 263-264.

nos artigos 5º, LXXI<sup>92</sup> e 103, § 2º<sup>93</sup>, respectivamente. Mas o que será discutido adiante, com base nos referidos instrumentos, em especial, a ADO, é a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, por força decisória, se sub-rogue na competência de legislador positivo e concretize uma norma, de forma autônoma, a fim de impedir a violação de direitos que ainda não foram regulamentados pelo Poder Legislativo.

Temos como referência o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº. 26, de autoria do Partido Popular Socialista (PPS). O STF, por unanimidade, conheceu parcialmente os pedidos, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes* para: (i) reconhecer o estado de mora legislativa para criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia tidas como atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, (ii) declarar a omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo e (iii) realizar interpretação conforme a constituição, enquadrando, analogicamente, as práticas homotransfóbicas como espécies do racismo social, elencando nos crimes previstos na lei nº. 7.716/89, até que sobrevenha norma regulamentadora<sup>94</sup>.

Antes de abordar as discussões acerca da colmatação das omissões realizadas pelo próprio STF, é necessário reconhecer o momento em que se constitui a mora legislativa inconstitucional, uma vez que não são todos os tipos de normas constitucionais que podem ser objeto da declaração de inconstitucionalidade por omissão.

## ■ 2. CONSTATAÇÃO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E ANÁLISE DA ADO Nº. 26

O Poder Legislativo possui poder constitucional de criar normas a fim de relacionar todos os seus atos aos interesses da Constituição. Com efeito, para evitar um amplo poder de escolha pelo legislador, a Constituinte distinguiu as normas constitucionais quanto a sua eficácia, ou seja, além das normas que são autoaplicáveis, há também aquelas que, reconhecendo que a Constituição escrita não seria capaz de abranger todas as dimensões de direitos, pré-estabeleceu, determinadas tarefas ao legislativo, com objetivo de obter um comando integrativo no ordenamento jurídico. Caso haja a inação legislativa, cria-se uma situação contrária aos interesses constitucionais, ocasionando na diminuição da força normativa da Constituição e, conseqüentemente, numa inconstitucionalidade por omissão. Assim, Paulo e Alexandrino além de reconhecerem a violação negativa do Poder Legislativo em face da Constituição, elencam qual o instrumento necessário para afrontar a inconstitucionalidade por omissão. Vejamos:

De fato, nem sempre o órgão constitucionalmente designado como competente para agir e efetivar disposições da Constituição cumpre com o seu poder-dever, surgindo, então, o que se denomina de inércia ou omissão inconstitucional, forma negativa de violação da Carta, a ser combatida via ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>95</sup>.

Nesse sentido, essas normas possuem caráter programático e, conforme Silva<sup>96</sup>, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta (*not self-enforcing provisions*), uma vez que são dependentes de um ato integrativo para concretizá-las e complementar sua aplicabilidade

<sup>92</sup> Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: set.2019.

<sup>93</sup> Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: set. 2019.

<sup>94</sup> STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ADO 26**. Rel. Min. Celso de Mello. j: 13/06/2019. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=142&dataPublicacaoDj=01/07/2019&incidente=4515053&codCapitulo=2&numMateria=22&codMateria=4>>. Acesso em set. 2019.

<sup>95</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Impetrus. 2008, p. 119.

<sup>96</sup> As normas de eficácia limitada e de aplicabilidade contida, na doutrina norte-americana, estão intrinsecamente ligadas às normas programáticas. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003, p. 120-122.



no mundo jurídico. Nesse viés, por conta da necessidade de serem integradas, as normas programáticas são pressupostos de admissibilidade da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), tendo em vista que sua finalidade é a defesa objetiva do ordenamento jurídico quando for constatado a inconstitucionalidade por omissão. Ocorre que a competência do STF se limita apenas em cientificar o órgão em mora a respeito da declaração da omissão inconstitucional. Ficando adstrito à previsão do art. 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Paulo e Alexandrino ratificam esse entendimento afirmando que:

O texto constitucional não deixa dúvidas de que o Poder Judiciário deve limitar-se a constatar a inconstitucionalidade por omissão e a determinar que os órgãos competentes, legislativo ou administrativos, empreendam as providências normativas requeridas para superação de sua inadimplência<sup>97</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Gomes Canotilho<sup>98</sup> afirma que o Tribunal Constitucional se limita apenas em “verificar a omissão de medidas legislativas e não de outras, e não pode fazer mais do que verificar e declarar que a omissão existe, não podendo nem se pronunciar sobre o modo de suprir a deficiência.”

Em relação a ADO nº. 26, a norma de eficácia limitada empregada como fundamento legal foi o art. 5º, inciso XLI da CRFB/88 que afirma: “A lei punirá qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais”. Por conta desse dispositivo, o Supremo reconheceu que não há diferenciação valorativa constitucional sobre o conceito racismo em que pese as práticas homofóbicas e transfóbicas. Sendo assim, com base na interpretação conforme a constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), o STF estendeu a orientação sexual e a identidade de gênero como bens jurídicos protegidos pela Lei 7.716/89<sup>99</sup>, a fim de que o sentido dessa norma seja adequado à função da Constituição Federal. Em fundamentação ao seu voto, Alexandre de Moraes afirma que:

Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (*condutas homofóbicas e transfóbicas*)<sup>100</sup>.

Salienta-se que a referida lei teve seu rol protetivo complementado anos depois, com o advento da Lei nº. 9.459/97, que teve a função de abranger o conceito de racismo à crimes resultantes de discriminação ou preconceito sobre: etnia, religião e procedência nacional<sup>101</sup>. Nesse aspecto, foi reconhecido que o Poder Legislativo não acrescentou, por mera vontade, a criminalização das práticas relacionadas ao preconceito sobre gênero e sexualidade, considerando na sua visão uma diretriz social-cultural “inapta”, para editar uma norma que proteja direitos e liberdades fundamentais dessa comunidade.

Importante referir, como acréscimo, que não foi a primeira vez que o Poder Judiciário, com base numa interpretação extensiva, criou uma norma por analogia. Exemplo disso foi o julgamento

<sup>97</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, 2008, p. 122.

<sup>98</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim & MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, Ed. Coimbra. 1991, p. 263 *apud* ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 292.

<sup>99</sup> BRASIL. **Lei nº 7.716 de 05 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm) >. Acesso em out. 2019.

<sup>100</sup> STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ADO 26**. Rel. Min. Celso de Mello. j: 13/06/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em out. 2019.

<sup>101</sup> BRASIL. **Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9459.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9459.htm#art1) >. Acesso em out. 2019.

do Mandado de Injunção nº. 708<sup>102</sup>, que tinha como objetivo o reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos, pois o art. 37, inciso VII, da Constituição estabelece a necessidade de lei especial para que os servidores públicos exerçam o direito de greve<sup>103</sup>. Passados mais de trinta anos desde a promulgação da CRFB/88, ainda não foi regulamentado tal direito. Nesse sentido, o STF reconheceu a mora inconstitucional do Poder Legislativo e estendeu a Lei nº. 7.783/89, que define o exercício a greve dos trabalhadores celetistas<sup>104</sup>, aos serventuários, até que sobrevenha lei específica.

Outro caso de alta repercussão nacional foi o pedido de Habeas Corpus 82.424/RS, conhecido também como “caso Ellwanger”, que considerou que as práticas antisemitas são análogas ao gênero racismo, pois, conforme entendimento do Pretório Excelso, essas práticas são um ato político social de intolerância e preconceito, que tem como objetivo em comum a inferiorização de determinados grupos em razão de uma característica distinta. Nesse caso, o Tribunal indeferiu o pedido de liberdade do acusado e ampliou os efeitos da sentença, reconhecendo como crime racial e aplicando a imprescritibilidade<sup>105</sup>.

Em todos os casos mencionados, o STF reconheceu e concretizou direitos e garantias fundamentais de classes minoritárias, colaborando com incremento a força normativa da Constituição. Entretanto, tanto no caso da ADO 26, quanto nos demais casos citados, o tribunal não reconheceu os limites, em que pese sua competência julgadora e aos efeitos da decisão.

### ■ 3. DELIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DO PODER JUDICIÁRIO. UMA TAREFA NECESSÁRIA

Embora existam argumentos contrários à colmatação das omissões de forma autônoma pelo Judiciário, há também opiniões favoráveis a intervenção da Jurisdição Constitucional, na busca de efetivar direitos fundamentais sociais. Nessa linha de raciocínio, não basta que o controle seja negativo para proteção dos direitos estabelecidos no texto constitucional, mas que também ocorra a vinculação do Judiciário para que atue positivamente, como digno guardião da constituição. Nesta visão, Sarlet explana que:

É obrigação da jurisdição constitucional efetuar uma efetiva proteção positiva, estando os juízes e tribunais obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico<sup>106</sup>.

Nessa mesma esteira, Streck<sup>107</sup> afirma que o interesse de agir do Judiciário, intervindo e atuando cooperativamente com o legislativo, está relacionado ao fato de que muitos direitos de primeira dimensão não foram atendidos no país, bem como não foram reforçadas as características dos direitos de segunda e terceira dimensão. Situação que para o autor corresponde ao “excesso de faticidade” no país, cujo Poder Judiciário, em face de violação de direitos fundamentais, intervêm conforme entender necessário. Todavia, não se pode confundir “adequada” com “necessária”

<sup>102</sup> STF. **MANDADO DE INJUNÇÃO: MI 708**. Rel. Min. Gilmar Mendes. J: 30/10/2008. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2232963>>. Acesso em out. 2019.

<sup>103</sup> O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: out. 2019.

<sup>104</sup> BRASIL. **Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm)>. Acesso em: out.2019.

<sup>105</sup> STF. **HABEAS CORPUS: HC 82.424**. Rel. Min. Moreira Alves. J: 19/03/2004. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: out. 2019.

<sup>106</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005, p. 351 *apud* STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2007, p. 159.

<sup>107</sup> STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2007, p. 131.

intervenção da Jurisdição Constitucional, visto que há grande possibilidade de decisionismos por parte do tribunal, na tentativa de atender interesses coletivos e difusos<sup>108</sup>.

Uma limitação reconhecida como necessária está relacionada à obrigação de atender, exclusivamente, aos comandos constitucionais. Tushnet<sup>109</sup> explana que embora o controle de constitucionalidade (*judicial review*) seja uma das principais bases do constitucionalismo, é necessário empreender um compromisso normativo, isto é, que os órgãos do Estado reconheçam seus limites materiais estabelecidos pela Constituição. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, em momento algum, reconheceu o referido compromisso em seu Acórdão, uma vez que não se limitou ao efeito processual declaratório herdado do art. 103 § 2º. Além disso, criou precedentes temerários na jurisprudência com a ADO nº. 26. Criando um efeito constitutivo que possibilita, com base na interpretação conforme, criação de tipos penais por analogia. Ofendendo o princípio da legalidade, pois converge para uma interpretação *in malam partem* do acusado.

Para Brandão<sup>110</sup> a criação de norma na hipótese de inconstitucionalidade por omissão é uma nítida forma de ativismo judicial, pois além do efeito de dar ciência ao ente do seu estado de mora, o Tribunal confere o efeito constitutivo. Atribuindo, para si, competência de legislador positivo. Violando a separação de Poderes.

Desse modo, uma segunda forma de delimitação está relacionada numa conduta fiel ao legislador, ou seja, ao aplicar normas por analogia, é necessário que o Judiciário tenha fidelidade valorativa feita pelos legisladores constituinte e ordinário<sup>111</sup>, a fim de colmatar uma lacuna de direito, de alta repercussão social, que no caso é a homofobia e transfobia.

## ■ CONCLUSÃO

Em suma, a atividade empregada no acórdão da ADO nº. 26 foi uma decisão “superadora da lei” pois nas palavras de Larenz<sup>112</sup> foi uma criação “de um novo instituto jurídico que não estava presente no plano originário da lei [...]. Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*”. Desse modo, a decisão do STF, embora necessária, ousou mais uma vez em afrontar a tripartição de poderes e, principalmente, o princípio da intervenção mínima do direito penal (*ultima ratio*) ao criminalizar a discriminação e o preconceito sobre a identidade de gênero e sexualidade que, infelizmente, ocorrem em considerável escala na sociedade.

Diante dos aspectos observados, a atividade positiva efetuada pela Jurisdição Constitucional somente pode ser realizada a fim de promover o incremento à eficácia de direitos fundamentais-sociais. Reconhecendo não somente os limites materiais da Constituição, mas que seu desempenho seja fiel à valoração legislativa, evitando qualquer postura política que possa reforçar a crise do direito que vige no país.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: set.2019.

<sup>108</sup> Ibid., 141.

<sup>109</sup> TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y Judicial Review**. Lima. Palestra Extramuros, 2013. p. 62.

<sup>110</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018, p. 191.

<sup>111</sup> Ibid p. 194.

<sup>112</sup> LARENZ. Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed: Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 588.

STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ADO 26**. Rel. Min. Celso de Mello. j: 13/06/2019. Disponível em :< <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=142&dataPublicacaoDj=01/07/2019&incidente=4515053&codCapitulo=2&numMateria=22&codMateria=4>>. Acesso em set. 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Impetrus. 2008.

SILVA. José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2006.

BRASIL. **Lei nº 7.716 de 05 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm) >. Acesso em out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9459.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9459.htm#art1)>. Acesso em out. 2019.

STF. **MANDADO DE INJUNÇÃO: MI 708**. Rel. Min. Gilmar Mendes. J: 30/10/2008. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2232963>>. Acesso em out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm)>. Acesso em: out.2019.

STF. **HABEAS CORPUS: HC 82.424**. Rel. Min. Moreira Alves. J: 19/03/2004. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: out. 2019.

STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2007.

TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y Judicial Review**. Lima. Palestra Extramuros, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

LARENZ. Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed: Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

## O PROBLEMA DA EUTANÁSIA EM DWORKIN

Moisés Novaes<sup>113</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho teve como enfoque discutir e trazer à tona os aspectos positivos da prática da eutanásia, sob o olhar do jusfilósofo Ronald Dworkin. Tratar da temática eutanásia e dos institutos que se correlacionam a ela, é sem sombra de dúvidas, um grande paradoxo a ser perseguido pela orbita da moral, da política e, igualmente do direito. Sabe-se que, não é de hoje, e nem de alguns tempos para cá, que o problema da eutanásia tem sido pauta em situações delicadas entre o direito à vida e a uma morte digna. Nesse envolvimento, surge a seguinte indagação: Entre o direito pela vida e a dignidade da pessoa humana, qual princípio deve prevalecer? Dada a seguinte indagação, diante de um choque de princípios frente ao problema da eutanásia, deve-se prevalecer o de maior peso, respeitando em todas as instâncias a escolha/autonomia do paciente, de acordo com a concepção dworkiniana. À vista disso, a pesquisa foi através do método dedutivo e bibliográfico, aparato necessário para analisar pensadores que dialogam com Dworkin a respeito da eutanásia. No caso, para solucionar o problema em questão, foi se utilizado o livro Domínio da vida, descrito pelo autor supramencionado. O qual faz recortes importantes para dilemas da vida como o aborto e a eutanásia. Em razão disso, foi possível verificar que a solução dada por Dworkin consiste no respeito à liberdade e autonomia do paciente, uma vez que o moribundo quando consciente detém este poder de escolha, e na hipótese de não possuir poder de discernimento, tal poder se transfere para os mais próximos. Nada obstante, a autonomia e liberdade do paciente estão ligadas diretamente a dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio consagrado no ordenamento jurídico permite condições de vida mínima, todavia, tais condições de vida não podem ser valoradas ou supridas por interesse do Estado.

**Palavras-chave:** Ronald Dworkin. Eutanásia. Vida. Dignidade da Pessoa Humana. Autonomia.

### ■ INTRODUÇÃO

Tratar da temática eutanásia e dos institutos que se correlacionam a ela, é sem sombra de dúvidas, um grande paradoxo a ser perseguido pela orbita da moral, da política e, igualmente do direito. Sabe-se que, não é de hoje, e nem de alguns tempos para cá, que o problema da eutanásia tem sido pauta em situações delicadas entre o direito à vida e a uma morte digna.

Ao longo dos anos, tanto a ciência quanto os estudos da medicina trouxeram avanços significativos para aumentar as chances de vida na terra. Em que pese, nem sempre esses estudos formam capazes de proporcionar de forma efetiva a “fuga da morte”.

Logo, analisar a morte num aspecto não apenas jurídico, mas humano, faz com que se atravesse os princípios básicos solidificados na Carta Magna de 1988 (ultrapassando a simples letra de lei), uma vez que ninguém deseja a morte, mas o direito de escolha por uma morte digna/boa, deve ser compreendido e respeitado. Pois afinal, o ciclo da vida (nascer, reproduzir, envelhecer e morrer) é ínsito a todo ser vivente, e nesse ciclo todos os direitos, sem exceção, devem ser garantidos, inclusive a morte digna!

<sup>113</sup> Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville e estagiário da 1ª Promotoria de Justiça desta urbe. E-mail: moises.novaes@catolicasc.org.br



À vista disso, o presente artigo tem como enfoque discutir e trazer à tona os aspectos positivos da prática da eutanásia, sob o olhar do jusfilósofo de Ronald Dworkin. O autor em destaque, busca adotar a concepção de favorecimento ao argumento da eutanásia na medida em que se possa invocar os princípios e as ideias da dignidade e de autonomia de forma a assegurar os interesses do indivíduo.

Em sua obra *Domínio da Vida*, Dworkin revela que a Constituição pode ser analisada de dois modos: Primeiro, uma Constituição de detalhes; e em segundo, Constituição de princípios. A Constituição de detalhes visa um ponto histórico, por outro lado, a Constituição de princípios, demanda por respeito aos princípios mais fundamentais, quer sejam, liberdade e igualdade. Direitos de 1ª e 2ª geração.

Vê-se que, o assunto é antigo e ao mesmo tempo atual, por mais que existem diversas discussões a respeito, tal tema não está totalmente solidificado. Criminalizar tal prática faz com que seja mais discutida na esfera penal, e menos debatida no campo constitucional. Outrossim, é inegável reconhecer os interesses da religião e da moral, mas o que se discute é o princípio da autonomia, a vontade do ser decidir como? Quando? De que forma? Diante das circunstâncias ao caso em análise.

Assim, resta claro o conflito existente sobre a eutanásia, discutido por longas décadas. No entanto, ainda é tema muito presente e defendido em termos polarizados em todo o mundo. Frente a isso, o presente trabalho tem suma importância na busca por esclarecimentos a respeito do dilema da eutanásia, que envolve disputa legítima na proteção dos bens jurídicos de ambos os lados do conflito: de um lado o direito à vida, e de outro, a liberdade de escolha e autonomia do paciente.

Destarte, analisando tais direitos e interesses, busca-se apontar uma possível solução moral e jurídica para a controvérsia, que não insulte nenhum grupo nem implique na perda de direitos, principalmente à luz do pensamento de Ronald Dworkin, cientista contemporâneo que busca referenciar suas decisões face aos princípios da ordem moral e política inseridos na sociedade.

## ■ DESENVOLVIMENTO

Dworkin em sua obra *Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*, começa sua fala apontando que “todos os dias, no mundo todo, pessoas racionais pedem que outras as matem. Às vezes, pedem que outras as matem”. (DWORKIN, 2003, p. 248). Tratar da temática morte, nunca foi uma tarefa simples, haja vista que nesse envolvimento (morte digna) existem diversos entresves legais, bem como morais e éticos que inviabilizam a prática da eutanásia.

Os avanços tecnológicos têm refletido de maneira significativa para o universo da medicina, entretanto, quando o assunto é o lado ímpar da vida, no caso, a morte, tais avanços encontram barreiras nos princípios de ordem moral da sociedade. Sob este olhar, revela Dworkin (2003, p. 252):

[...] os médicos dispõem de um aparato tecnológico capaz de manter vivas – às vezes por semanas, em outros casos por anos – pessoas que já estão à beira da morte o terrivelmente incapacitado, entubadas, desfiguradas por operações experimentais, com dores ou no limiar da inconsciência de tão sedadas, ligadas a dúzias de aparelhos sem os quais perderiam a maior parte de suas funções vitais, exploradas por dezenas de médicos que não são capazes de reconhecer e para os quais já deixaram de ser pacientes para tornar-se verdadeiros campos de batalha.

Em situações análogas, não resta outra alternativa ao indivíduo a ser esperar pela morte. Ocorre que, as pessoas que se encontram em um leito de hospital com uma patologia insuportável de ser vivida, ao esperar pela morte - solução dada tem seus direitos fundamentais violados, uma vez que morrer dignamente não é uma opção do moribundo, mas sim, direito. “O direito de optar



pela eliminação da dor e do sofrimento e de morrer com dignidade no tempo e no lugar de nossa própria escolha, quando nos tornamos doentes terminais, é uma parte integral de nosso direito a controlar nosso próprio destino”. (DWORKIN, 2003, p. 253).

O jusfilósofo supra, traz como exemplo o caso de Lilian Boys, inglesa de setenta anos de idade que agonizava a morte ante uma terrível artrite reumatoide. Lilian havia se medicado de todos os remédios possíveis, contudo, a dor e sofrimento eram maior que qualquer analgésico, não lhe restando outra alternativa, a morte.

Infelizmente, existem situações das quais a vida se encontra num estágio sem volta, noutras palavras, o encontro com a morte é inevitável. Em que pese, diversos esforços podem ser feitos a fim de aliviar a dor do paciente ou algo neste viés, todavia, até que ponto tais esforços não estariam violando a autonomia do paciente? Mais que respeitar o direito à vida, é dar ao paciente o direito de escolha quando assim o puder, ou na hipótese de não ser possível, transferi-lo para as pessoas de sua confiança.

## ■ 1. AS TRÊS QUESTÕES DE ORDEM MORAL E POLÍTICA APONTADAS POR DWORKIN FRENTE AO PEDIDO DE MORTE

### 1.1 A questão da autonomia dada por Dworkin

Dworkin em sua obra *Domínio da Vida*, aponta três questões fundamentais ao se analisar deparar com um pedido de morte, quais sejam: autonomia, interesses fundamentais e santidade.

Num primeiro momento, cita Dworkin (2003, p. 268) que, “as pessoas que acreditam que se deveria permitir que os pacientes competentes planejassem sua própria morte, com a assistência de médicos dispostos a ajudá-los se assim o desejarem, invocam frequentemente o princípio de autonomia”.

Segundo o autor supramencionado, o princípio da autonomia é crucial para decisão do paciente frente ao pedido de morte. A autonomia acima de tudo permite a escolha pela morte ou pelos cuidados paliativos. Entretanto, quando se fala em cuidados paliativos, sabe-se que, os mesmos requerem acompanhamento, cuidado adequado e a apoio ao longo de seus percursos de vida. Em que pese, no Brasil, infelizmente não contamos com sistema de saúde ou aparatos eficazes para pessoas que estão no estágio final da vida.

Sob esse olhar, revela Castro e Guimarães (2015, p. 69) que:

Os cuidados paliativos ainda são frequentemente mal compreendidos pelos profissionais de saúde. O cuidar pleno de alguém que apresenta uma doença crônica e prognóstico reservado, algumas vezes com a morte esperada para alguns dias, semanas ou meses, requer um conhecimento amplo da condição humana; muito além do conhecimento técnico e do controle adequado dos sintomas. [.]. Não é tarefa simples lidar com o sofrimento e a finitude.

Urge mencionar, que o cuidado paliativo também demanda de investimento financeiro, isto é, requer gastas orçamentários do poder público (diante da peculiaridade do caso), haja vista que em determinadas situações a patologia do paciente vai além do simples cuidado paliativo, necessitando, para tanto, de maiores gastos com o tratamento adequado e, ainda assim, pode não haver êxito.

A autonomia, contudo, pode encontrar certas limitações em duas situações: Quando o paciente está no seu estágio de consciência, ou seja, quando detém o poder de escolher manter-se vivo ou não, ou quando o paciente está no estágio de inconsciência, isto é, não é mais capaz de fazer escolhas, transferindo-se para terceiros (família ou parentes próximos), os quais podem optar pela morte digna, ou entrar no dissenso de que qual escolha o moribundo faria se estivesse em condições de decidir?

No entanto, quando a questão da autônima é apresentada em casos em que o paciente está inconsciente, nada mais justo que um familiar próximo ou ente querido para decidir o caso ou se colocar no lugar do inconsciente, uma vez que para Dworkin (2003) a busca de informações seria manifestada pelo relato de parentes mais próximos do enfermo. É claro que nunca se teria certeza, se realmente esse era ou não seu desejo, ou se poderia mudar de ideia no momento final.

## 1.2 Os interesses fundamentais do paciente diante do pedido de morte

O estágio final da vida pode se deparar com duas situações fáticas, quais sejam: consciência e inconsciência. O paciente que se encontra em uma situação insuportável de viver a vida, foi capaz de durante toda a mesma fazer escolhas, desde uma simples escolha até mais complexa.

Imagina-se um senhor, na casa dos seus 80 anos de idade, totalmente lúcido, mas com uma doença incurável, noutras palavras, câncer em estágio avançado, e que diante da situação hipotética pede por sua morte, mas é negada por ser contrária ao ordenamento jurídico vigente. Não seria iníquo respeitar-lhe tal decisão de escolha?

Haja vista que durante toda a sua vida foi capaz de fazer inúmeras escolhas.

A díspar disso, suponha-se que o mesmo senhor é diagnosticado com o mal de Alzheimer, além de possuir a patologia Diabete Mellitus (estágio avançado). Nos últimos momentos de sua vida, o senhor em destaque não detém mais a capacidade de escolha, ou seja, sua autonomia fica restrita, cabendo aos familiares e entes próximos optar por tal escolha. Aqui, Dworkin (2003, p. 67) faz a seguinte indagação:

Como a morte poderia ser melhor para alguém que não tem a menor consciência do estado em que se encontra? Por que seus pais deveriam enfrentar tantos problemas adicionais – processos e apelações intermináveis - para mudar o estado da filha, passando-a do status de praticamente morta para o de tecnicamente morta?

Em que pese, nas duas situações acima, a decisão de escolha encontra diversos entraves, seja na esfera moral/ética ou do direito. “Neste ponto, Dworkin diferencia interesses experienciais de interesses críticos do ser humano, com intuito de buscar por que alguns resistem à morte até as últimas consequências, quando se sabe que esta é certa” (CAUDURO, 2007, p. 68).

Como bem analisado pelo autor supracitado, os interesses experimentais dizem respeito às nossas experiências rotineiras, tais como, jogar bola, tomar cerveja e, dentre outros. Já no tocante aos interesses críticos, consiste em valores que nos fazem bem, que acrescenta nossa condição humana, como boas ações.

Para Cauduro (2007), a ideia de integridade em Dworkin, está ligada com a dignidade e com os interesses críticos, quer dizer, aquela pessoa que respeita sua índole, guiada por princípios, que preza pelos bons costumes. A grosso modo, seria aquele indivíduo que não deixa de lado seus valores em vista de lucro ou felicidades.

Isso posto, importante ressaltar que cada indivíduo carrega consigo valores, crenças, interesses que não podem ser deixados de lado, devendo ser a todo instante respeitado. No caso da morte, é inegável não reconhecer que a decisão deve partir do senso individual, ou seja, o próprio indivíduo deve ter resguardado o seu respeito/direito por tal escolha.

Os interesses experimentais e os interesses críticos, são de suma importância para questões de como cada indivíduo avalia sua vida. “Dworkin acredita que, a partir da compreensão dos interesses supramencionados, pode-se entender as razões relevantes para se decidir em prosseguir lutando pela vida ou entregar à morte”. (CAUDURO, 2007, p. 69).

A busca pelos interesses do moribundo, quer seja, quando consciente ou inconsciente, requer uma profunda análise do seu histórico durante toda sua vida, em tese, seria impossível compreender ou desvendar qual o desejo de uma pessoa quando não é mais capaz de decidir sobre, todavia, aqueles que foram próximos a ele, tendem a serem mais precisos neste *decisum* final.

### 1.3 O valor essencial da vida e santidade humana na concepção de Dworkin

O último ponto dado por Dworkin para avaliar a decisão de abreviar ou não a vida, consiste nos valores intrínsecos da vida e a santidade da vida humana. Dworkin (2003, p. 272), revela que, “a eutanásia é condenável - mesmo quando o paciente deseja a morte, e mesmo quando esta se acha entre os seus interesses fundamentais e a santidade da vida humana”.

Para Dworkin, a vida humana em si possui um valor intrínseco, valor este que jamais poderá ser mensurado. “Sua teoria pretende estabelecer um equilíbrio, um consenso, entre os que apoiam e os que condenam as práticas eutanásias, pautando a discussão não em direitos, mas na sociedade da vida ou na ideia de que a vida humana tem um valor intrínseco, ou seja, é valiosa por si mesma (DWORKIN, apud CAMPI, 2004, p. 22).

O valor sagrado da vida, é sem sombra de dúvidas, um dos maiores entraves frente ao pedido da eutanásia, muitos além de considerarem a vida humana como sagrada, destacam que é intocável, cabendo apenas ao Autor da vida qualquer decisão. Contudo, esquece-se que, assim como a vida (num todo) é sagrada, a morte também é. Portanto, a sacralidade por muitos apontadas, revela que o sagrado é inviolável.

Sendo assim, Dworkin (2003, p. 275) elucida que, “a convicção de que a vida humana é sagrada talvez ofereça mais poderosa base emocional para oposição à eutanásia nas formas e nos contextos distintos que até distinguimos”. Grande parte da doutrina religiosa, parte da premissa que a vida humana deve ser respeitada em todos os seus estágios, ou seja, desde os momentos bons quanto ruins. Logo, por mais que um paciente esteja em sua fase terminal da vida, deve-se preservar sua vida em quaisquer circunstâncias.

De acordo com Cauduro (2007, p. 72) “o princípio da santidade da vida humana é visto com muitas ressalvas, ora porque não respeita a autonomia do paciente e/ou o interesse da família, ora porque visa à quantidade de vida, independente de qualidade”. Nessa mesma linha de pensamento, apresenta Campi (2004) que a ideia de Dworkin é que devemos dar ênfase àquilo que as pessoas efetivamente creem e não à retórica pública do debate, ou seja, à convicção de que a vida é valiosa por si mesma. Mesmo que, muitas vezes, no calor da discussão, um argumento seja apresentado em termos de direitos da pessoa, o que se está a discutir é o valor da vida. Debater o tema da eutanásia somente em argumentos do direito, será uma discussão interminável, uma vez que nesse envolvimento existem vários aspectos, bem como princípios constitucionais, contra ou a favor de tal prática.

Diante do cenário, em determinadas situações paira a dúvida se o pedido de abreviamento da morte seria um crime ou um pecado? Se analisarmos sob a ótica da doutrina religiosa, sem dúvidas seria um pecado imperdoável, um desrespeito para com o Autor da Vida, Deus. Outrossim, se partir para o campo do direito, poderia se enquadrar em crime, no caso, homicídio.

Frente a isso, Dworkin apresenta a ideia de que a vida tem valor sagrado, como uma opção para que os grupos pró-vida e pró-escolha, como se autodenominam os grupos conservadores e liberais em questão, construam um lugar comum que permita um equilíbrio na resolução do problema. “Um argumento fundamentado no princípio da sacralidade da vida pode ser aceito por todos que partilham da ideia de que a vida humana é sagrada”. (CAMPI, 2004, p. 23).

Finaliza Dworkin (2003) que a ideia de que a vida humana é sagrada ou inviolável se revela mais aberta a diferentes interpretações do que seu uso conservador e religioso reconhece, permitindo posições mais liberais frente à eutanásia. As pessoas que consideram o investimento natural na vida, prioritário, e que, por isso, são contrárias ao aborto, podem não estar de acordo que a eutanásia frustrar, inevitavelmente, a natureza. Destarte, “a eutanásia, como fuga da dor e da agonia, acontece primeiro no espírito, e depois na sociedade e no direito”. (SGRECCIA, 1996, p. 701).

Isso posto, num primeiro momento buscou-se analisar como Dworkin trabalha as questões de ordem moral e política do direito, analisando seu trajeto até a chegada no problema da eutanásia, uma vez que, para o autor em evidência o problema estaria na não aceitação do direito

de autonomia do paciente, seus interesses fundamentais e a sacralidade da vida humana, ou seja, a forte presença de que a vida é sagrada e, em nenhuma hipótese pode ser retirada. Assim, os tópicos a seguir irão analisar a questão dos princípios conflitantes dentro ordenamento jurídico brasileiro, bem como a solução dada por Dworkin para o problema da eutanásia, diante da omissão de uma legislação específica que trate sobre tal tema.

## ■ 2. A SOLUÇÃO DADA POR DWORKIN PARA O PROBLEMA DA EUTANÁSIA

Como já analisado no decorrer deste trabalho, não existe uma legislação específica no Brasil que trate a respeito do instituto da eutanásia. O código penalista brasileiro enquadra a eutanásia na modalidade suicídio assistida.

Diante disso, a fim de se chegar a uma decisão mais acertada diante de um caso prático, Dworkin em sua obra *O Império do Direito* divide a questão da interpretação construtivista em três etapas, quais sejam:

[.] pré-interpretativa na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática; etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a convivência ou não de buscar uma prática com essa forma geral. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática; e, por fim, a etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua ideia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa. (DWORKIN, 2003, p. 81-82).

À vista disso, o julgador analisa o caso fático sob a visão das circunstâncias particulares e suas próprias convicções, observando-se as regras e os princípios tanto de ordem política quanto de ordem moral pautados no seio da sociedade. O togado não tem o dever de criar novos direitos quando se existem princípios dos quais possam ser instrumentos para os problemas apresentados. Na questão do direito como integridade, como bem analisado por Cauduro:

a integridade seria um ideal político a ser perseguido, no qual Dworkin apela inicialmente ao legislativo, para que este elabore as leis de acordo como os princípios já existentes; num segundo momento, que a comunidade observe os princípios postos e, finalmente, em caso de conflitos, caberia ao Judiciário resolvê-los orientados pelos princípios positivos, na busca da melhor decisão. No direito como integridade haveria uma coerência nas decisões judiciais, garantindo sua legitimidade, uma vez que estas seriam fundamentais no ordenamento jurídico vigente, bem como seria dada a segurança jurídica almejada, haja vista que deveriam ser observados os precedentes jurisprudenciais.

Entende Dworkin (2002) que nos casos complexos, ou seja, casos em que a decisão do togado requer um grau de esforço maior, que julgador busque encontrar a solução dentro do ordenamento jurídico em vigor, noutras palavras, dentro da Lei Maior e, na hipótese de haver dificuldade em se chegar numa resposta, o julgador deve pautar-se nos princípios constitucionais, princípios estes previstos nos anseios da comunidade.

Dessa maneira, para o autor supracitado “podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas” (DWORKIN, 2002, p. 47).

No entanto, no caso da eutanásia existe colisão de diversos princípios, dentre eles, dignidade da pessoa humana, vida, liberdade e autonomia, como já mencionados no tópico anterior. Deste modo, como determinar o que se deve prevalecer? Segundo Cauduro, no caso da colisão de princípios frente ao problema da eutanásia, Dworkin trabalha com a seguinte concepção:

Para Dworkin não existe uma hierarquia de princípios, para ele os princípios são *standard* de justiça e equidade que possuem uma dimensão de peso ou importância, o que significa dizer que os princípios encontram-se num nível de paridade e, portanto, um deverá prevalecer em face do caso concreto, segundo as convicções do juiz. Vê-se novamente que o autor recorre às convicções do juiz, requerendo uma análise sobre o objeto (normas), para prover a única e acertada decisão (CAUDURO, apud DWORKIN, 2007, p. 87).

Dworkin analisa que cada decisão judicial é única, ou seja, uma resposta apresentada para certo caso, não será a mesma para uma outra situação. Nada obstante, deve o julgador ter como base os princípios postos, haja vista que os mesmos são diretrizes eficazes para solucionar problemas apresentados. Expõe, Joseane Cauduro que:

no caso da eutanásia, considerando a legislação brasileira e a posição de Dworkin, bem como a falta de regra específica que regulamente o instituto da eutanásia, a proposta do autor se encontra baseada nos princípios de nosso ordenamento jurídico (CAUDURO, 2007, p. 88).

Em que pese, cita a autora supracitada que existe um dilema maior no caso da eutanásia, qual seja, o conflito dos direitos fundamentais da vida, bem como da sacralidade da vida humana, pois para Dworkin (2004) o valor intrínseco da vida é um grande contraponto à autonomia do paciente, alegando que este argumento por si só, obstará qualquer procedimento eutanásico.

Segundo Heck (2019, p. 220) “a livre criação divina vincula Deus, quer como criador quer como legislador, aos princípios constitutivos do universo”. Portanto, aqueles que levantam a bandeira de que a vida é sagrada, e por este motivo deve ser respeitada e protegida, entendem que Deus é o autor da vida, ou seja, somente ele tem o poder de conceder e retirar o fôlego de vida nesta terra.

No entanto, prolongar o sofrimento da vida humana, vincula-se à prática da distanásia, em outras palavras, o distanciamento da morte até o seu estágio final, o que violaria em todas as instâncias o princípio da dignidade da pessoa humana. Dando continuidade ao que fora posto nas linhas pretéritas, afirma José Heck que:

[.] em suma, santidade não confere direitos. A vida tão-só é intrinsecamente valiosa, pondera Dworkin, se o valor é independente do que as pessoas de fato gostam ou querem ou precisam ou é bom para elas. Embora não isenta de problemas, a definição é apta a limitar a competência do direito às linhas mestras das relações políticas entre indivíduo e Estado. Isto distingue o direito em acepção dworkiniana, ao ar e às águas, sem qualquer contenção inflacionária de direitos (DWORKIN, apud HECK, 2019, p. 226).

Desse modo, a santidade não pode ser tida como um dos maiores vetores frente à escolha do paciente, devendo ser respeitada sua autonomia de escolhas, uma vez que durante toda sua vida foi capaz de fazer simples, bem como complexas escolhas.

Dworkin (2002), como defensor do liberalismo, acredita no respeito e escolha do paciente, quer dizer, o moribundo tem condições de decidir qual o melhor trajeto para sua vida nos momentos finais. Igualmente, quando o paciente não tem esse poder de escolha - consciência, tal escolha quando – inconsciente, transferindo-se para os mais próximos desse.

A respeito da autonomia-escolha do paciente, menciona Heck (2019) que, segundo a bioética uma conduta merece ser vista como autônoma, quando passa pelo crivo do consentimento, em que o moribundo decide acerca de seu próprio bem e toma decisões isente de paternalismo. Ainda, afirma o autor supracitado que, como coluna vertebral da bioética, a autonomia não altera apenas a maneira de entender o mundo, mas promove também a pretensão de o dominar e de colocá-lo à disposição dos humanos, a serviço de suas necessidades, seus objetivos e propósitos.

No caso da eutanásia, o enfermo que solicita o processo de antecipação de sua morte, busca uma posição confortável, dada a situação exposta. Tal busca é muito concreta de controle!



O paciente que clama pela morte, tenta encontrar um refúgio para uma dor insuportável de ser vivida.

Por esse motivo, acredita Dworkin (2002) que a eutanásia deve ser vista como uma decisão de respeito, respeito este pela escolha de quem faz, bem como quem busca. O autor em evidência, nos faz remeter à dignidade do indivíduo para valorar os demais direitos fundamentais, pois de nada adianta clamar pela proteção da vida, sem, no entanto, possibilitar condições dignas para o paciente terminal.

Sob o mesmo olhar, expõe Heck (2019, p. 221) que “a morte é o fim da vida, razão porque é relevante o instante quando morremos, mas a morte é também parte de nossa vida, razão pela qual é importante o modo como morremos”.

A dignidade da pessoa humana quando ligada ao princípio da autonomia, revela tão somente a importância que é dada ao indivíduo diante do seu estágio terminal de vida. Infelizmente e, como já mencionado neste trabalho, o Brasil carece de um sistema de saúde adequado em cuidados paliativos, uma vez que cuidados paliativos requerem uma certa atenção adequada e orçamento financeiro-público por parte do estado, o que atualmente não é visto na prática.

Dworkin é categórico em apontar que a dignidade e a liberdade do paciente podem ser grandes vetores para o processo de aceleração da morte em paciente em estágio terminal.

Uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta decisivamente na direção da liberdade individual e não da coerção; em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte. A liberdade é exigência fundamental e absoluta do amor próprio: ninguém concede importância intrínseca e objetiva à própria vida a menos que insista em conduzi-la sem intermediação alguma e não ser conduzido pelos outros, por mais que os ame e respeite. (.) Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. E por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora. (.) A liberdade de consciência pressupõe uma responsabilidade pessoal sobre a reflexão e perde muito de seu significado quando essa responsabilidade é ignorada. (.) O maior insulto à santidade da vida é a indiferença ou a preguiça diante de sua complexidade (DWORKIN, 2002, p. 268).

Dworkin em sua obra *Domínio da Vida*, disserta que o paciente durante toda sua vida foi capaz de decidir por simples escolhas, desde o que comer, vestir, cursar e dentre outros. Mas porque no estágio final da vida, o moribundo agonizado no leito de um hospital não pode decidir por acelerar sua morte? Há necessidade de o legislativo intervir nesse momento tão peculiar e particular do indivíduo?

Dada essas indagações, o mais ideal a ser seguido é o primado da dignidade da pessoa humana, pois “não se pode perder de vista a proteção legal da dignidade, e isto significa dizer que, usufruí-la é fundamental o direito à liberdade, somente com o respeito da autonomia do paciente” (CAUDURO, 2007, p. 91).

Em suma, a solução dada por Dworkin consiste no respeito à liberdade e autonomia do paciente, uma vez que o moribundo quando consciente detém este poder de escolha. Não obstante, a autonomia e liberdade do paciente estão ligadas diretamente a dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio consagrado no ordenamento jurídico permite condições de vida mínima, todavia, tais condições de vida não podem ser valoradas ou supridas por interesse do Estado.

Ademais, assim como a vida é um direito sagrado, a morte também é! Logo, optar por uma morte digna não violaria a dignidade humana, a díspar disso, é uma das soluções encontradas frente aos princípios constitucionais existentes em nosso ordenamento jurídico. Por este motivo, não basta apenas viver de forma digna e morrer de forma indigna, isto é, num leito de hospital



agonizando pela morte. A autonomia do paciente permite que o lado ímpar da vida seja entendido como um lado bom, lado humano, lado de respeito por quem apenas quer morrer de forma digna, sem sofrimento.

## ■ CONCLUSÃO

Como visto até aqui, o entrave a respeito da prática da eutanásia é sem dúvida um assunto polêmico, suscitador de paixões e ampla discussão. O enunciado em questão não é assunto recente, pelo contrário, há décadas vem se arrastando. Todavia, o que se percebe é a dificuldade dos tribunais em chegar a um consenso frente ao problema da eutanásia, haja vista envolver questões que ultrapassam a simples esfera jurídica, além da existência do conflito de princípios.

No caso, vários princípios constitucionais estão em jogo, todavia, dentre eles, coube analisar a dignidade da pessoa humana (como um sol para os demais princípios estão entorno de sua órbita) o princípio da autonomia e o princípio da vida, objetos da presente pesquisa. Justamente por isso, foi possível observar a influência de Dworkin para as três questões de ordem moral e jurídica, quais sejam, a autonomia do paciente, seus interesses fundamentais e a sacralidade da vida humana descritos na obra *Domínio da vida*. Tais questões são de suma importância para o problema da eutanásia, uma vez que as três questões levantadas pelo autor, se encontram inseridas dentro do nosso ordenamento jurídico vigente, ou seja, são aparatos que permitem uma interpretação construtivista do direito.

A questão da autonomia foi vista como um direito de escolha do indivíduo em optar por uma morte digna, diante de um sofrimento insuportável, haja vista que durante todo o delinear de sua vida foi capaz de fazer simples escolhas. Desse modo, a autonomia não violaria a dignidade da pessoa humana, a díspar disso, lhe confere uma opção de escolha, de autocontrole, tanto para quem faz, quanto para quem busca.

Em que pese, em situações em que o paciente não seja capaz de discernir sobre o melhor a ser feito dada a situação concreta, tais interesses pela análise dworkiniana passariam para os familiares e pessoas próximas a este. Todavia, pode-se observar que nem sempre tais decisões são simples de serem resolvidas na prática, por esse motivo, Dworkin apresenta os casos fáceis e difíceis, alguns requerem maior complexidade e outros menor dificuldade, como no caso da eutanásia.

A sacralidade da vida humana entende que a morte deve respeitar o seu percurso natural, uma vez que a vida é sagrada e, por óbvio, só o Autor da vida tem o poder de conceder, bem como retirar o fôlego de vida. No entanto, verificou-se que, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura uma vida digna durante o seu estágio em vida, quanto em seus momentos finais, permitindo que a morte seja considerada sagrada, assim como a vida também é.

Assim, verificou-se que, a refutada hipótese da pesquisa corroborou em evidenciar que entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, o que deve prevalecer é a dignidade da pessoa humana, dada a peculiaridade do caso em abstrato, uma vez que tal princípio postulado no ordenamento jurídico vigente é tido como o Sol maior dos demais princípios. Não bastasse isso, viver de forma digna, requer condições de tratamento digno. Assim, deixar que paciente agonizem pela morte dada a situação fática, estaria totalmente violando sua dignidade humana, algo de valor supraconstitucional. No Brasil não existe uma lei específica que regulamente tal instituto e, por esse motivo, a concepção dworkiniana prioriza a questão do respeito pela escolha do paciente, ou seja, a liberdade do moribundo, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é interligada a autonomia do paciente. Ademais, a Carta Constitucional respeita o direito à vida, e não o dever de viver à vida em situações deploráveis, isto é, sofrimento insuportável. Portanto, viver de forma digna, requer-se também uma morte digna!

Dessa maneira, como já explanado em linhas pretéritas, dificilmente haverá uma legislação específica que atenda todos os casos voltados para morte sem dor. Contudo, diante do caso em

tela, o magistrado deve pautar sua decisão levando em consideração a dignidade da pessoa humana e o respeito pela autonomia do paciente, posto que o mesmo detém condições de decidir qual o melhor trajeto a ser traçado para sua vida, e quando não o puder, outorga-se tal decisão para os parentes ou mais próximos desse. Sabendo desde já que, humanalmente é impossível que um terceiro consiga atender aos interesses de um outro indivíduo. No entanto, aquele que foi mais próximo ao moribundo o conhece melhor, razão pela qual saberá qual a melhor decisão a ser traçada.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Rodrigo Siqueira et al. **Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia**. Revista Scielo. 2004. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n1/19821.pdf>>. Acessado em: 14 mai. 2019.

CABRERA, Heidy de Avila. **Eutanásia: Direito de Morrer Dignamente**. 2010. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Fieo – Unifieo – Osasco, São Paulo, 2010. Disponível em:

> Acessado em: 14 mai. 2019.

CAUDURO, Joseane. **O conceito de eutanásia em Ronald Dworkin**. 2007. 108 fls. Dissertação de Mestrado – Universidade de Caxias do Sul – Caxias do Sul, 2007.

COELHO, Thales Cavalcanti. **O consentimento da vítima na criminalização da eutanásia**. 2012. 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto – São Paulo, 2012.

DE CASTRO, João Cardoso et al. **Caminhos da Natureza – Volume 1**. Rio de Janeiro: Unifeso, 2018.

DIAS, Maria Clara. **Ensaio sobre a moralidade**. Rio de Janeiro, Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FILHO, Wilson Roberto Theodoro. **A Teoria da Interpretação em Ronald Dworkin**. 2015, 20 fls. Artigo jurídico. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao\\_Trindadade\\_\\_Teoria\\_Geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acessado em: 16 jun. 2019.

JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Do xadrez à cortesia**. Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINHO, Jefferson Luiz Alves. **Teoria da Integridade de Ronald Dworkin: Um olhar matemático para a tese da resposta correta**. 2015, 18 fls. Artigo Jurídico. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14242>>. Acessado em: 26 mai. 2019.

MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia in Iniciação à Bioética**. COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coordenadores). – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/PartellIeutanasia.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/PartellIeutanasia.htm)>. Acessado em: 18 jun. 2019.

MEYER, Phillippe. **A irresponsabilidade médica**. Tradução de Maria Leonor Loureiro. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002. Vol. 2.

MONTEIRO, Etienne. **Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária?** Reflexões sobre a tese da autonomia. São Paulo: RT-778, Ano 89, agosto de 2000. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2000;1000743638>>. Acessado em: 18 set. 2019.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **A bioética e a relação médico-paciente.** Artigo disponível em <[www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br)>. Acesso em 29 junho 2019.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em Defesa da Vida.** São Paulo: Saraiva, 1995.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador – Bahia: 11ª. ed. Juspodivm, 2016.

## A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Rogelson Luiz Vieira Júnior<sup>14</sup>  
Foed Saliba Smaka Junior<sup>15</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo analisar a compatibilidade entre o ativismo judicial e o Estado Democrático de Direito, fenômeno que põe em pauta um intenso debate sobre os limites da atuação do Poder Judiciário no Brasil, verificando as teorias que aduzem que a (cri)atividade da magistratura é danosa para a democracia e ao Estado Democrático de Direito, assim como os pensamentos que defendem que trata-se de uma legítima atuação para a concretização dos direitos e garantias previstos na Constituição. Os objetivos deste artigo almejam buscar o significado científico do termo; através de uma análise histórico e conceitual sobre como o ativismo judicial ocorreu ao longo da história nos Estados, Unidos e Alemanha, a fim de perceber como tais países influenciaram no sistema adotado pela Constituição de 1988, realizando uma análise do entendimento jurisprudencial construído nos mais de trinta anos de sua vigência. Outrossim, fora analisada a evolução da chancela estatal percebida ao longo da história até adotar-se o modelo de Estado Democrático de Direito. O método de pesquisa utilizado é o qualitativo, bom fulcro na coleta de dados, documental e bibliográfica. A pesquisa realizada obteve como resultado a ilação de que ainda não há um consenso exato sobre o sentido empregado do termo ativismo judicial no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, verificou-se que a essência da Carta Constituinte não conferiu ao Poder Judiciário faça escolhas ao invés de decisões, com base em critérios discricionários e oriundos de sua vontade, revelando-se uma ilegalidade incompatível com o Estado Democrático de Direito, assim como a Constituição Federal. Destarte, percebe-se que o constitucionalismo pátrio passa por uma crise hermenêutica e constitucional, apontando para a necessidade de elaboração de uma teoria da decisão mais condizente com a realidade brasileira e de um refinamento dos critérios hermenêuticos utilizados na aplicação das normas constitucionais.

**PALAVRAS CHAVE:** Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Estado Democrático de Direito. Hermenêutica Jurídica. Teoria da Decisão.

### ■ INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais discutidos e polemizados pela comunidade jurídica nestes 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988 é a constitucionalidade do fenômeno denominado ativismo judicial, apresentando-se como uma prática perpetuada pelos tribunais brasileiros desde a vigência do novo Poder Constituinte fortalecendo o protagonismo do Poder Judiciário.

Destarte, também é possível afirmar que houve uma alteração em relação a interação entre o exercício das três funções do Poder Estatal, conforme o modelo adotado a partir da tese dos freios e contrapesos de Montesquieu (1996, p. 96), onde existe uma inegável presença mais contundente do Poder Judiciário nas últimas décadas (CÔRTEZ, 2010, p. 20).

<sup>14</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade do Litoral Paranaense -ISEPE Guaratuba.

<sup>15</sup> Mestrando em Teologia, Especialista em Direito Processual Civil, Bacharel em Direito pelo Instituto Superior do Litoral do Paraná (2009). Professor universitário do Instituto Superior de Ensino, Pesquisas e Extensão ISEPE Guaratuba. Sócio advogado - Smaka Advocacia e Consultoria. Experiência na área de Ciência da Computação, com ênfase em Manutenção e Segurança em Redes de Computadores.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, denota-se que novos horizontes são traçados quanto a participação do sistema judiciário em temas mais delicados e sensíveis de serem tratados. Tal efeito, juntamente com outros fatores não-jurídicos<sup>116</sup> (TASSINARI, 2013, p.393) ficou caracterizado como o evento denominado de judicialização da política.

Não obstante, existem várias linhas de raciocínio divergentes sobre a legitimidade e constitucionalidade do ativismo judicial, ou, ao menos, qual seria o alcance de atuação que não importasse no desequilíbrio das funções tipicamente designadas aos Poderes Executivo e Legislativo (STRECK, 2018, p. 8).

Posteriormente, será realizado um retrospecto fático e sistemático a partir de uma análise histórica da existência do fenômeno, desde a origem do termo que ocorrera em solo estadunidense, passando pelas inovações advindas do constitucionalismo alemão, até ao seu atual estágio em território brasileiro.

Sequencialmente, discutir-se-á a compatibilidade entre o ativismo judicial e o Estado Democrático de Direito, verificando toda evolução histórica que culminou no atual estágio constitucional, a fim de identificar seu núcleo semântico, as inovações que culminaram nesta quebra de paradigma entre o atual sistema adotado pela novo Poder Constituinte e os resultados obtidos e adotados no presente estudo sobre o ativismo judicial.

Como observado, o ativismo judicial é um tema de notória importância, e que não se limita somente a análise constitucional dos julgadores, mas dos limites impostos a sensível e tênue interdependência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Logo, a presente pesquisa trata-se de uma verdadeira trajetória epistemológica a fim de executar uma “escalada científica” até atingir o ponto fulcral do problema proposto. Ao atingir o cume da questão, é possível observar que existem outras “montanhas” que antes não eram vistas, mostrando os desafios científicos a serem superados para a evolução da ciência do Direito.

## ■ 1. UM CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL. É POSSÍVEL?

Mormente adentrar ao foco da questão trazida à baila, qual seja a (in)compatibilidade entre o ativismo judicial e o Estado Democrático de Direito brasileiro, é necessário responder a seguinte questão: o que é o ativismo judicial?

Chegar a uma resposta exaustiva do termo é missão consideravelmente difícil, haja vista que não existe uma unanimidade conceitual a respeito do significado de ativismo judicial. O fenômeno possui diversas atribuições, o que acarreta em uma dificuldade de colocar o debate em voga de maneira determinada (CONTINENTINO (2012, p. 1-2).

Curiosamente, o termo ativismo judicial não adveio de alguma tese doutrinária, ou como parte integrante de um posicionamento jurisdicional. De fato, o fenômeno havia sido “batizado” pelo jornalista Arthur Schlesinger que, no ano de 1947, publicou um artigo na revista “*Fortune*”, consistente na atuação dos juristas integrantes da Suprema Corte estadunidense (TAVARES E VALLE, 2008, p. 17).

Destarte, o ativismo judicial já veio a lume eivado de uma série de lacunas conceituais que abriram espaço para utilização do termo de forma genérica, uma vez que Schlesinger foi omissivo quanto a definição do termo e sua natureza (LEAL, 2014, p. 7).

Nesse viés, outros estudiosos buscam conceituar o ativismo judicial como um posicionamento do Poder Judiciário a fim de trazer a realidade a concretização das normas programáticas da Constituição, dentre eles encontra-se Barroso (2009, p. 6) que entende que: “o ativismo judicial é

<sup>116</sup> Nesse viés, Tassinari ilustra que são fatores não jurídicos os que influenciam na judicialização da política: o reconhecimento do papel contramajoritário da democracia; a sedimentação do conceito de separação dos Poderes; falta de implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo; atuação de grupos de interesse para garantir direitos que não estavam, expressamente, inseridos no texto constitucional; a ampliação do controle de constitucionalidade; inefetividade e descontentamento popular em relação aos Poderes Executivos e Legislativo; o desvio das tensões políticas direcionadas ao Poder Judiciário como forma de evitar controvérsias de temas delicados e polêmicos aos parlamentares, dentre outros fatores que refletem na ampliação da atuação jurisdicional.

uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” Noutra vertente, Lenio Streck (2018, p. 238), identifica o ativismo judicial como um risco não só a Constituição Federal, mas também prejudicial a democracia, em razão da insegurança de protagonismos adotados pelo juiz(a) ativista, aduzindo que “o ativismo judicial é sempre danoso à Democracia, já que decorre de comportamentos e visões pessoais dos intérpretes-julgadores.”

Percebendo a situação exposta, Keenam Kmiec (2004, p. 9, tradução livre), em sua obra “A Origem e Os Significados Atuais do Ativismo Judicial”<sup>117</sup> já se depara com a imprecisão do termo desde a fonte de sua concepção, constatando que o jornalista havia apontado uma série de dualidades contrastantes por meio de uma comparação com os perfis que traçou na Suprema Corte estadunidense no que designou como “camadas de conflito”.

Como visto, conceituar o ativismo judicial em si é tarefa que passa por uma estrada perigosa, considerando os múltiplos sentidos que podem ser-lhe atribuídos, que implicam em uma abstração de possibilidades conceituais que depuram uma análise mais geral do fenômeno.

Em um caminho alternativo, alguns estudiosos, admitem a imprecisão do termo e visam afastar-se de responder um conceito fechado da essência do termo ativismo judicial e focam em destacar hipóteses que possam chegar à percepção de sua existência, assim como propõe a teoria de William Marshall, através do artigo “Conservadores e Os Sete Pecados do Ativismo Judicial”<sup>118</sup> (2002, p. 4, tradução livre), no qual afirma: “Em vez de chegar a uma única decisão, tentei identificar os índices de ativismo judicial que são com frequência observados na literatura. Alcancei um total de sete.”<sup>119</sup>

A teoria de Marshall aborda o tema utilizando uma definição assumidamente aberta, na qual são destacados alguns indícios de sua existência, quais sejam: “I) o contra-majoritarismo; II) o não-originalismo; III) a ausência de deferência perante os precedentes judiciais; IV) o ativismo jurisdicional; V) a criatividade judicial; VI) ativismo remedial; e VII) o ativismo partidário.”<sup>120</sup> (MARSHALL, 2002, p. 41, tradução livre)

A aludida tese tem por intento demonstrar que não há como atribuir uma única definição do fenômeno, uma vez que o termo está atrelado às falhas do Poder Judiciário norte-americano (MARSHALL, 2002, p. 5).

Outro fator que deve ser apreciado é a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, termos que são comumente empregados como sinônimos, mas possuem diferenças que são necessárias para o estudo proposto.

Barroso (2009, p. 5-6) disserta sobre a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, entendendo que o primeiro fenômeno decorre de um reflexo social da atividade do Estado diante do modelo constitucional adotado com a Carta de 1988, enquanto o segundo seria uma atividade voluntária do magistrado, demonstrado mais como uma técnica de concretização dos direitos e garantias previstos no referido diploma legal. Lenio Streck (2018, p. 6) também faz tal distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, onde “o primeiro sempre deletério e prejudicial à democracia, porque *behaviorista*, e o segundo sempre contingencial, dependendo de competências e incompetência dos demais poderes.”

Em suma, pode-se entender que a judicialização da política parte da ideia de uma participação mais ampla do Poder Judiciário em questões políticas, sendo uma nova dinâmica de manutenção do Estado Democrático de Direito, enquanto o ativismo judicial se enquadraria em uma atitude mais imediatista e perceptível em um caso concreto, especialmente nos denominados

<sup>117</sup> Texto Original: The Origin and Current Meanings of Judicial Activism.

<sup>118</sup> Texto original: Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism.

<sup>119</sup> Texto original: Rather than coming up with a single definition, I have attempted to identify the indices of judicial activism that are often noted in literature. I have reached a total of seven.

<sup>120</sup> Texto original: counter-majoritarian activism; nonoriginalist activism; precedential activism; jurisdictional activism; judicial creativity; remedial activism; and partisan activism.



“*hard cases*” (BARROSO, 2019, p. 50), com finalidade de tentar colmatar as (supostas) lacunas deixadas pelo Poder Executivo e Legislativo.

Tendo tais conceitos em mente, tornar-se-á necessário retroagir ao surgimento do ativismo judicial nos Estados Unidos e na Alemanha, apontando as principais inspirações para caracterização do modelo atual do fenômeno em território brasileiro e suas diferenciações.

## ■ 2. O ATIVISMO JUDICIAL NA HISTÓRIA MUNDIAL

O ativismo judicial é uma experiência que possui suas particularidades, de acordo com o local em que se manifesta. Tal efeito decorre da própria natureza do fenômeno, que advém em situações a uma atuação diferenciada na atividade jurisdicional, que direta e/ou indiretamente sofrem influências do contexto político e social que estão inseridas (COURA e PAULA, 2018, p. 25).

O estudo da experiência americana é de suma importância para atingir as finalidades da presente pesquisa, consistente no fato que há um amadurecimento teórico e empírico do país no que condiz a função da atuação jurisdicional do Estado, tema que está umbilicalmente atrelado ao ativismo judicial, o qual subdividiu-se em três eras: tradicional, transição e moderna (TASSINARI, 2016, p. 19).

A primeira era foi marcada por um período no qual a Suprema Corte tinha por pretensão demonstrar o prevaletimento da constituição em relação a legislação ordinária do país, consistente nas decisões da Corte à época, que demonstravam um viés mais conservador, que tinham por desiderato valorizar a supremacia da Constituição norte-americana (MORAIS e TRINDADE, 2011, p. 15).

A era de transição, também conhecida como Era *Lochner*, em razão do caso de grande repercussão *Lochner x New York*, no qual havia uma intervenção mais intensa da Suprema Corte nas decisões do Estado (TEIXEIRA, 2012, p. 2).

A *modern era* teve início próximo da década de 70, sob os auspícios da nomeada Corte Warren, obteve esse nome em decorrência da presidência do juiz Earl Warren, que foi decisivo para a mudança de postura da Suprema Corte Americana, a fim de direcionar seu foco da política do *self-restraint* em relação as questões atinentes as políticas públicas, para focar a intervenção jurisdicional nas liberdades civis individuais (MORAIS e TRINDADE, 2011, p. 4-5).

Diante dos apontamentos feitos, denota-se que houve uma notória oscilação no perfil da jurisdição do Estados Unidos ao longo do tempo, sendo que “a trajetória da Suprema Corte foi se delineando a partir de um equilíbrio em sua composição entre liberais e conservadores” (TASSINARI, 2016, p. 54).

Ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos (país que foi construindo sua matriz jurídica a partir de um refinamento do papel jurisdicional desde 1803), as principais influências do constitucionalismo da Alemanha para o cenário brasileiro vieram após o término da Segunda Guerra Mundial, quando houve a extinção do regime ditatorial do regime nazista, acarretando diretamente numa tendência global de se afastar do positivismo que havia legitimado a barbárie cometida durante o genocídio, por intermédio do holocausto sob a justificativa de estrito cumprimento da lei por meio de Hitler, baseado no pensamento de Carl Schmitt (2007, p. 201) sobre a ideia de que o guardião da Constituição deveria ser o presidente do Reich, uma vez que este seria figura demiurga entre o Legislativo e Judiciário, possuindo legitimidade democraticamente concedida pela natureza eletiva de acesso ao cargo (SCHMITT, 2007, p. 201).

Após o trágico período vivenciado pela Alemanha, houve um intenso movimento em superar a crise jurídica trazida pelo nazismo e estabelecer um poder estatal que não fosse eivado pelos excessos do autoritarismo e que se legitima-se pelo positivismo (TASSINARI, 2016, p. 60). Assim, percebe-se que o ativismo germânico encontra origem na necessidade de o país consolidar uma nova ordem pós-nazismo, o que acarretou na Jurisprudência dos Valores, em que,

apesar da Alemanha ser um país que atua no *civil law*, influencia-se fortemente no entendimento jurisprudencial e protagonismo judicial. (STRECK, 2010, p. 20).

Corolário deste perfil constitucional, a Jurisprudência dos Valores foi uma teoria pautada no protagonismo judicial e na ponderação de valores escolhidos discricionariamente pelos juristas ao que entendiam pelo mais adequado ao caso analisado (BERNARDO, 2009, p. 6). Lenio Streck (2018, p. 284) também narra o surgimento do paradigma jurídico, advertindo para o que, em seu entendimento, seria uma inadequada aplicação dos princípios a fim de justificar determinada decisão judicial, desta forma, caracterizando um cenário em que o julgador teria o encargo de traduzir, conforme seus parâmetros, os valores do texto constitucional.

No Brasil, o ativismo judicial foi um evento que pode ser percebido a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, período em que se deu a substituição de um período ditatorial para a configuração do Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2008, p. 4). Um dos pontos fundamentais para instauração do atual pensamento jurídico, foi o nunca dantes visto alcance normativo da Carta Magna, que estava preocupada em promover direitos e garantias sociais que foram ofendidos e negligenciados no decorrer da ditadura militar, o que ficou concebido como *Welfare State*, modelo geralmente adotado por países nos quais o processo de democratização tardia (STRECK, 2009, p. 37-38).

Logo, com a promulgação da Carta de 1988 houve uma quebra paradigmática do pensamento jurídico que visava o afastamento das ideias ditatoriais dos anos 60, que tolhiam a atuação do Poder Judiciário gerando uma vasta gama de teorias, que tinham por desiderato afastar o paradigma “ultrapassado” do positivismo (STRECK, 2010, p. 21). Desde então, percebe-se que o Poder Judiciário pátrio tem como inspiração o modelo americano de controle difuso de constitucionalidade, acrescido do controle concentrado, além do método de ponderação de princípios advindo da Jurisprudência dos Valores alemã, o que acaba por formular um sistema híbrido de vasta abrangência da corte constitucional.

### ■ 3. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma vez analisado o conceito, assim como a evolução histórica do ativismo judicial, é parte fundamental do presente estudo também abordar o conceito e evolução dos modelos de chancela estatal que desaguaram no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, identificando a sua importância para o atual quadro constitucional, assim como apurando os principais fatores que levam a sua caracterização.

Tal retrospecto é necessário porque, como aduz José Afonso da Silva (1988, p. 1), o Estado Democrático de Direito representa um novo conceito inspirado nos momentos estatais anteriores, passando a ser um novo paradigma da ordem constitucional.

Não obstante, as rupturas da modernidade se perpetuaram ao longo da história, em busca de um refinamento entre o exercício do domínio racional-legal. Nesse sentido, Diego Luís de Castro (2007, p. 15) assevera que “o Estado Liberal, é bipartido em Estado Legal e Estado de Direito, e este último, é repartido em três: o Estado Liberal de Direito; o Estado Social de Direito; e o Estado Democrático de Direito.” Assim, será possível compreender a constituição do atual cenário da chancela estatal, entendendo seus alicerces e analisando sua compatibilidade com a atividade jurisdicional.

O primeiro estágio é conhecido por Estado Liberal, o qual foi adotado no período pós-revolução francesa, onde a atuação do governo era não intervencionista, cunhada no adágio do *laissez-faire*, consistente na estruturação de todo aparato estatal, inclusive a atividade jurisdicional, que tinha por escopo estrita submissão estrita à lei, sendo o apogeu do que compreende-se por positivismo exegético. (CÔRTEZ, 2010, p. 17).

Nessa época, a principal preocupação do Estado era em providenciar a liberdade e garantir uma igualdade (formal) entre os indivíduos da sociedade, que haviam passado pela quebra do paradigma do absolutismo e que ansiavam uma limitação do poder estatal assegurada pela lei (SILVA, 2005, p. 6).

Dessa maneira, a sociedade passa a suscitar a volta da intervenção estatal, mas só que em menor intensidade se comparada ao regime adotado no absolutismo. No entanto, o Estado Social também demonstrou-se insuficiente para a satisfação coletiva, tendo em vista que em razão de sua atual estatal, pode tender a estabelecer governos autoritários que não mais correspondem as expectativas da população, (SILVA, 2005, p. 13).

Nessa etapa, a principal alteração em relação ao Estado de direito Liberal e Social reside na incrementação do elemento democrático, determinando que o poder emana do povo, mas é aplicado majoritariamente por meio do Estado, que deve respeitar os limites de sua atuação.

Destarte, como resposta para as duas experiências de atuação estatal vivenciadas, surge após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial o advento do Estado Democrático de Direito, que busca a efetiva garantia dos direitos individuais, por intervenção de uma atuação estatal que seja mantenha-se nos ditames de um governo democrático (SILVA, 1988, p. 7).

#### ■ 4. A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após a devida análise dos conceitos que englobam o questionamento deste estudo, é preciso desnudar a (in)compatibilidade entre o ativismo judicial e o Estado Democrático de Direito. Nesse viés, insta mencionar que, como descrito no primeiro capítulo, inexistente um conceito pacífico sobre o ativismo judicial, por isso há dificuldade de analisar com precisão a sua compatibilidade com o atual modelo estatal.

Embora haja a existência de tal divergência, os parâmetros empregados na presente pesquisa apontam que o fenômeno do ativismo judicial surge em momentos de alterações histórico-sociais de cada nação, consistente na atuação jurisdicional que busca afastar-se de um estado de autocontenção a fim de garantir uma melhor resposta da atividade estatal-jurisdicional. Além do mais, é preciso destacar que os alcances do ativismo judicial são nebulosos, inexistindo uma limitação mais precisa do fenômeno que não acarrete em consequências prejudiciais ao Estado Democrático de Direito.

Assim, pode-se dar azo a um cenário em que “o juiz não se subordina a ‘nada’, a não ser ao ‘tribunal de sua razão’. Ou, seja, em última *ratio*, em plena vigência do juiz indicar, pois então a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador.” (STRECK, 2010, p. 26)

Admitir que o que se denomina de ativismo judicial se enquadre como uma função atípica do Poder Judiciário prevista no Texto Constituinte não importa em permitir que tal prática seja empregada sem critérios de aplicabilidade.

Alexandre Costa Coura e Quenya Correa de Paula (2018, p. 26) também aduzem que existe uma manipulação das normas principiológicas e constitucionais a fim de justificar uma fórmula exata e imprecisa para ponderação dos mesmos, por meio de uma “fórmula de peso” para atribuição axiológica dos princípios nos denominados *hard cases*.

Logo, percebe-se que esta ausência de critérios devidamente calibrados estabelecidos para o exercício da atividade da magistratura prejudica a estrutura do Estado Democrático de Direito, uma vez que ao Executivo, Legislativo e Judiciário não devem ser permitidos decisionismos, pois devem estar limitados pela necessidade de fundamentação de suas decisões, especificamente o ente julgante.

Outra característica decorrente da ausência de parâmetros de controle do ativismo judicial que demonstra uma incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito é a insegurança

jurídica, uma vez que tal posicionamento prega pela confiança da subjetividade de um juiz que tem por desiderato a concretização dos direitos e garantias previstos na Lei Maior (2018, p. 31). A nocividade do fenômeno é exposta por Barroso (2009, p. 16), que, mesmo sendo um defensor do ativismo judicial, adverte: “mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.”

Seguindo o pensamento abordado do brilhante jurista, mas divergindo de suas ilações, o ativismo judicial se demonstra muito mais como um sintoma de uma patologia institucional advinda de um discurso construído desde a promulgação da Carta de 1988, o qual prega pela existência de uma supremacia judicial do Supremo Tribunal Federal, que reflete em toda atividade judicante nacional, o que acaba por gerar um excesso de confiança nas decisões judiciais que não passam por um controle decisional (TASSINARI, 2016, p. 83), uma vez que sua essência destoia da democracia vivenciada pelo país desde 1988.

## ■ CONCLUSÃO

Como resultado do presente estudo, verificou-se a notória dificuldade em traçar a compatibilidade com o Estado Democrático do Direito, uma vez que não há um entendimento uníssono sobre o fenômeno na comunidade jurídica.

Outrossim, o objeto de estudo se torna ainda mais complexo pela existência de teorias diametralmente opostas sobre o fenômeno, o que demonstra a alta abertura conceitual do termo e acaba por prejudicar o aprofundamento do tema de forma mais estável, pois foram depurados pelo uso midiático desde sua origem, não contribuindo para uma linha de raciocínio mais profunda a respeito da (pro)atividade jurisdicional.

Portanto, diante de tal controvérsia, buscou-se incorporar a teoria de Marshall que admite a vagueza do termo e atenta-se a captação de indícios do ativismo judicial. Por consequência, percebe-se que o ativismo judicial é um fenômeno que decorre em países que passam por uma recente mudança político-social nacional, afetando a estrutura estatal interna, podendo apresentar-se mediante de decisões progressistas ou conservadoras.

Destarte, restam caracterizadas as múltiplas faces do que seria o ativismo judicial, sendo que o Brasil absorveu fortes influências das experiências americana e alemã, criando um Estado Democrático de Direito estabelecido a partir da Constituição Federal de 1988 onde o Poder Judiciário possui forte presença mediante o Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade, além da técnica de Ponderação de Princípios inspirada na Jurisprudência dos Valores alemã.

Logo, o ativismo judicial fere os princípios democráticos da país por meio da insegurança jurídica e excesso das funções atípicas que determinam a separação de poderes. Porém, foi constatado que o problema principal para analisar o tema não consiste unicamente da ausência de conceitos mais pacíficos sobre o ativismo judicial (apesar de ser um vácuo conceitual que deve ser preenchido), mas sim da falta de um teoria *decisional* que delineie de forma mais clara os moldes da atividade jurisdicional, caracterizando-se como uma atuação ativista toda jurisdição exercida além dos moldes desta teoria.

Assim, resta percebida uma lacuna legal e doutrinária acerca do papel da magistratura no ordenamento jurídico, situação que reforça as crises apontadas pela Crítica Hermenêutica do Direito apresentada por Lenio Streck, a fim de que protagonismo judicial adotado pelo pensamento jurídico moderno deve ser superado para que seja possível a devida filtragem do Texto Constitucional e adequação ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, diante de todo o exposto, mostra-se latente a necessidade do Direito brasileiro passar por uma processo de amadurecimento constitucional e teórico, não mais se limitando a experiência e teorias estrangeiras, revelando-se ser necessária a “saída da caverna de Platão” em busca de parâmetros mais fixos e claros da atividade jurisdicional e que forneçam um cenário de segurança jurídica, no qual não prevaleçam discursos que permitem autoritarismos sob a égide

de afastar do Estado em que acreditava no positivismo exegético “juiz boca de lei”, mas ignora a crença fervorosa de um “pós-positivismo” que pauta-se no discurso de que a “lei é boca do juiz”.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático: A ideologia vitoriosa do século XX**. Editora: Migalhas. Ribeirão Preto. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Editora: Saraiva, 8ª ed., 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, Madrid, n. 13, ISSN 1138-4824, p. 17-32, 2009.

CASTRO, Diego Luís de. **O Estado Democrático de Direito**. 2007. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito do Centro Universitário UNIVATES, 2007.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: Proposta Para Uma Discussão Conceitual. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 49. n. 193. jan./mar. 2012.

CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo Judicial: do Neoconstitucionalismo ao Neoprocessualismo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.**, Rio de Janeiro, Volume VI, ISSN 1982-7636, 2010.

COURA, Alexandre Costa; PAULA, Quenya Correa de. Ativismo Judicial e Judicialização da Política: Sobre o Substancialismo e Procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 116, jan./jun., 2018.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A Necessidade De Ativismo Judicial No Estado Contemporâneo. **Seqüência. UFSC**, Florianópolis, ISSN 2177-7055, 1995.

FERREIRA, Eber de Meira. **Judicialização, Ativismo Judicial e Interpretação Constitucional. Dissertação de Mestrado**, 2014.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, vol. 92, n. 5, 2004, pp. 1.441/1.477.

MARSHALL, William P. **Conservatives and the seven sins of judicial activism**. University of Colorado Law Review, v. 73, n. 4, 2002, p. 101-140.

MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: As Experiências Norte-americana, Alemã e Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**. Curitiba, n. 53. p. 0-000, 2011.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Francisco Ayala. 1. ed. 1. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

SILVA, Bellyzia Gama da. **Ativismo Judicial: Um Mecanismo de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais Através das Políticas para as Minorias**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, 2018.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 173, jul./set., 1988.

SOUSA, Larissa Ferreira de. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito do Centro Universitário da Filadélfia – UNIFIL, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em Julgamentos. Uma Radiografia do STF**. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Editora: Livraria do Advogado. 8ª ed. Porto Alegre. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?.** Editora: Livraria do Advogado. Volume 1. Porto Alegre. 2010.

TASSINARI, Clarissa. **A Supremacia Judicial Consentida: Uma Leitura da Atuação do Supremo Tribunal Federal a Partir da Relação Direito-Política.** Dissertação de doutorado. São Leopoldo, 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana.** Dissertação de mestrado. São Leopoldo, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário.** Editora: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.

TASSINARI, Clarissa. Revisitando o problema do ativismo judicial: contributos da experiência norte-americana. Anima: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**, v. 4, p. 60-78, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: Nos Limites Entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. **Revista Direito FGV**, São Paulo, n. 8, p. 037-058. jan/jun, 2012.

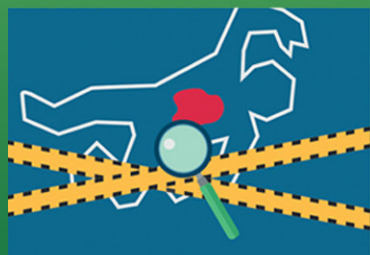


# SADU

IV Semana Acadêmica de Direito da Univille



GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS CULTURAIS,  
CRIMINOLOGIA E JUSTIÇA SOCIAL



# JUSTIÇA RESTAURATIVA: FUNDAMENTOS PRINCIPOLÓGICOS E NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS PARA SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Fabíula Gabrielli Sura<sup>121</sup>  
Sarah Francine Schreiner<sup>122</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho aborda o tema da Justiça Restaurativa e busca responder o questionamento que versa sobre a possibilidade de sua utilização de forma institucionalizada no Brasil como uma alternativa ao atual modelo punitivista. Seus objetivos envolvem apresentar um conceito geral para o paradigma restaurativo e verificar a viabilidade de sua implementação na solução de conflitos penais no país. Isto posto, entende-se por Justiça Restaurativa, o sistema de pacificação de controvérsias baseado no diálogo, na autocomposição e na restituição de danos. Na tentativa de minimizar os impactos do crime na sociedade, este instituto busca atender as necessidades subjetivas de cada indivíduo envolvido no ato criminoso, preconizando assim, a implantação de uma democracia participativa no processo penal. No que diz respeito à viabilidade de sua implementação no âmbito nacional, verifica-se a existência de fundamentos normativos e principiológicos no ordenamento jurídico pátrio que servem de embasamento para sua institucionalização. Para tanto, se emprega o método bibliográfico de investigação, com a revisão de literatura, e análise de legislação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Restaurativa. Modelo alternativo. Resolução de Conflitos. Sistema Criminal.

## ■ INTRODUÇÃO

O atual Sistema de Justiça Criminal Brasileiro apresenta uma série de falhas, principalmente no que diz respeito e proteção dos direitos e garantias fundamentais e a efetiva redução nos índices de violência no país. É notória uma constante sensação de insegurança jurídica no cenário nacional, o que tem impulsionado a busca por novos paradigmas que proponham uma maior eficácia na resolução de conflitos e fortaleçam valores de convívio social. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa vem sendo apontada por juristas e estudiosos do direito pátrio como uma alternativa para sanar as falhas apresentadas pelo atual modelo.

Por meio de práticas que visam a implantação de uma democracia participativa no âmbito criminal, a Justiça Restaurativa tem a finalidade de minimizar os efeitos do crime na sociedade, preconizando uma maior interação entre vítima, transgressor e comunidade. Na tentativa de desconstruir o papel representativo do Estado como aquele que se insere no contexto conflituoso tão somente para julgar e punir o infrator, o processo colaborativo incentiva a autocomposição a fim de que as partes envolvidas figurem como protagonistas na resolução do conflito, buscando juntas uma solução que atenda os interesses de ambas.

<sup>121</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, campus São Bento do Sul/ SC. Participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos - NEADH E-mail: fabiulagabrielli@gmail.com.

<sup>122</sup> Professora do Curso de Direito da Univille campus São Bento do Sul - SC. Mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas – PUC/PR (bolsista Capes). Brasil. Participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos - NEADH E-mail: sarahfrancine@yahoo.com.br.

A vista disso, a presente pesquisa abrange o questionamento que versa sobre a viabilidade do emprego do modelo restaurativo na resolução de conflitos penais no Brasil como alternativa ao atual modelo punitivista. Dessa forma, cumpre verificar se existem no ordenamento jurídico brasileiro fundamentos constitucionais e principiológicos que corroboram para sua institucionalização.

Os objetivos do presente estudo envolvem apresentar um conceito geral para a Justiça Restaurativa partindo-se de teorias de autores que discutem sobre o tema e analisar os fundamentos normativos e principiológicos já existentes no ordenamento jurídico pátrio que sirvam de base para institucionalização desse sistema no país.

Para tanto, se emprega o método bibliográfico de investigação, com a revisão de literatura, e análise de legislação. Como resultados, tem-se que no Brasil já existem projetos sociais de resolução de conflitos baseados na metodologia restaurativa, e além do mais, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta estruturas legais embasadas na conciliação e participação efetiva do agente, recepcionando o instituto da justiça restaurativa a partir dos valores constitucionais vigentes, o que favorecerá sua institucionalização.

## ■ DESENVOLVIMENTO

Ao fazer uma breve análise cronológica acerca da origem da Justiça Restaurativa nota-se uma grande dificuldade dos pesquisadores em apontar o marco histórico exato de seu surgimento. Muito embora este modelo venha sendo apresentado como uma novidade no mundo jurídico, estudos revelam que métodos conciliatórios baseados no diálogo, na restituição de danos e na restauração de laços comunitários, já eram usados há muito tempo em tradições culturais e religiosas de povos primitivos, principalmente na América do Norte e na Nova Zelândia, e exerceram fortes influências nos ideais básicos deste paradigma nos dias atuais.

Nesse sentido, Almeida e Pinheiro (2017, p. 182) defendem que:

O conceito de Justiça Restaurativa é um padrão relativamente novo, visto que não é nenhuma novidade a resolução de conflitos por meio da restauratividade, já que são técnicas e princípios milenares. Muitas comunidades primitivas já se utilizavam dessas técnicas, e o que sofremos foi um processo histórico de judicialização, e inversão, do modelo tipicamente tradicional de resolução.

O movimento restaurativo ganhou notoriedade a partir de 1970, quando vários países passaram a desenvolver programas alternativos voltados a pacificação de conflitos de forma paralela ao modelo jurídico vigente. Contudo, a Nova Zelândia foi a precursora ao fazer da Justiça Restaurativa o centro de todo o seu sistema penal para a infância e a juventude em 1989 (ZEHR, 2015).

Logo em seguida países como Canadá e Estados Unidos também aderiram às práticas desse modelo em alguns seguimentos, e desde então essa metodologia vem se expandindo por vários países.

No início de sua implantação, as técnicas restaurativas eram aplicadas somente em crimes considerados de menor potencial ofensivo, como por exemplo, os delitos patrimoniais, onde, em tese, os danos ocasionados eram menos significativos. Mais tarde, passaram a ser englobadas também na tratativa de crimes mais violentos como o homicídio, a agressão e o estupro.

Vasconcelos (2017) afirma que a criação do termo Justiça Restaurativa ou “Restorative Justice” se deu em 1977 pelo psicólogo americano Albert Eglash, que desenvolveu um importante estudo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado por Joe Hudson e Burt Gallaway na obra denominada “*Restitution in Criminal Justice*”, nesse ensaio, Eglash fez importantes considerações em torno da necessidade de reabilitação dos indivíduos que cometem crimes e restituição dos danos causados, a fim de reestabelecer o equilíbrio social dentro da comunidade.

Por meio de práticas que visam a implantação de uma democracia participativa no cenário de resolução de conflitos, a Justiça Restaurativa surge com o propósito minimizar o impacto do crime na vida dos cidadãos, preconizando uma espécie de processo colaborativo onde verifica-se uma maior interação entre vítima, transgressor e comunidade. Nessa conjuntura, as partes envolvidas no fato, participam ativamente na elaboração de uma solução que atenda às necessidades de todos a fim de promover a reparação, a reconciliação e a segurança (ZEHR, 2008).

Tratando-se de uma inovação no cenário jurídico contemporâneo, a Justiça Restaurativa não possui um conceito finalizado, portanto, pode ser considerada sobretudo, como um conjunto de princípios e ideias que servem de base para a elaboração de modelos funcionais que serão aplicados de acordo com a cultura e a necessidade de cada comunidade. Nesse sentido, Zehr (2015), afirma que a Justiça Restaurativa não é um mapa, mas seus princípios podem ser vistos como uma bússola que aponta na direção desejada.

No entanto, ao fazer uma análise integral das pesquisas relacionadas ao tema, é possível destacar algumas ideias centrais que norteiam o conceito de Justiça Restaurativa. Para isso, toma-se como base a definição elaborada por Scuro Neto *apud* Pinto (2005):

“fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e as suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça (.)

De modo geral, a Justiça Restaurativa pode ser entendida como uma forma alternativa de lidar com situações conflituosas, definidas ou não como crime, que interferem negativamente no estado de paz e bem-estar social. Esse método é absolutamente voluntário e pode ser utilizado em paralelo ao sistema tradicional. As práticas restaurativas, desenvolvem-se fora do ambiente judiciário, pretendendo-se deixar de lado boa parte da burocracia inerente ao processo formal, uma vez que preza-se pela simplificação dos procedimentos a fim de resolver o conflito de maneira mais célere e eficaz.

Partindo para uma definição mais técnica, a Resolução nº 12/2002 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas<sup>123</sup> conceitua o processo restaurativo como sendo:

(.) qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador.

Nota-se que dentro da perspectiva restaurativa, a resolução do litígio é prerrogativa dos próprios indivíduos, desse modo desconstitui-se o papel julgador do Estado. Ressalta-se que o crime não é visto apenas como uma ofensa ao Estado ou uma simples ruptura do texto legal, mas sim, como um problema que afeta diretamente a subjetividade dos indivíduos e a comunidade num todo.

Ao contrário do modelo retributivo tradicional, a apuração da materialidade e autoria do fato e punição do infrator não é a única finalidade do processo judicial, a perspectiva restaurativa busca, acima de tudo, resgatar a harmoniosidade no ambiente onde ocorreu o crime atentando-se para as necessidades específicas de cada um dos envolvidos no ato lesivo.

Esse procedimento proporciona uma maior valorização da vítima a fim de que ela possa expor os danos sofridos em detrimento do ato criminoso, enquanto o agente delitivo, ao tomar consciência do erro tem a oportunidade de se arrepender e, de forma espontânea, apresentar

<sup>123</sup> Deste momento em diante será denominada apenas ONU.

formas de reparar o mal causado. Ainda nesse processo, convém destacar a importância da participação reintegradora da comunidade atuando em práticas de reinserção do infrator no convívio social, a fim de impedir a sua estigmatização e evitar que ele reitere em práticas delitivas.

Uma vez expostos os conceitos e metodologia básica da Justiça Restaurativa, convém chamar a atenção para necessidade de uma sistematização desses princípios. A vista disso, em 2002, o Conselho Econômico e Social da ONU, publicou a resolução nº 12 que trata dos Princípios Básicos para utilização de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Conforme consta em seu caput, esta regulamentação tem a finalidade de encorajar os Estados Membros a inspirar-se nos princípios básicos da Justiça Restaurativa para implementação de programas em matéria criminal, visando ainda, assegurar a mais ampla disseminação dos ideais restaurativos e o apoio ao desenvolvimento de pesquisas, capacitação e demais atividades que estimulem a discussão e o intercâmbio de experiências.

A partir dessa Resolução boa parte dos países membros ONU passaram a analisar com mais atenção a proposta restaurativa o que fez com que muitos aderissem a tais ideais na tratativa de conflitos e com o Brasil não foi diferente.

Muito embora ainda não existam dispositivos legais que regulamentem a utilização da Justiça Restaurativa como instituto jurídico no Brasil, alguns métodos voltados à resolução pacífica de conflitos já vêm sendo experimentados no país através de projetos sociais em caráter complementar e alternativo ao sistema jurídico e que inclusive, tem apresentado resultados bastante positivos.

De acordo com informações publicadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros, este instituto teve início em território nacional no ano de 2005, por meio de um projeto desenvolvido a partir da associação entre os Poderes Judiciários estaduais e distrital, a Secretaria da Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), onde além da realização de seminários e publicação de obras de diversos autores sobre a temática jurídico restaurativa, foram implementados três projetos-pilotos no Distrito Federal e nos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul, tendo como intuito o acompanhamento e avaliação dos resultados da implementação deste instituto no sistema de justiça.

Dentre as várias iniciativas da Justiça Restaurativa existentes no país, merece destaque os projetos pilotos iniciados em Porto Alegre e Brasília.

O projeto Justiça para o Século 21, implementado de forma sistêmica desde o ano de 2005, na 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre no estado do Rio Grande do Sul, tem como propósito a divulgação e aplicação de aplicar as práticas restaurativas na resolução de conflitos em escolas, ONGs, comunidades e Sistema de Justiça da Infância e Juventude como estratégia de enfrentamento e prevenção à violência em Porto Alegre.

Com o desenvolvimento de suas atividades, o projeto Justiça para o Século 21, vem apresentando resultados satisfatórios na prestação de serviços do Sistema de Justiça gaúcho, dentre eles, é possível destacar a humanização e eficiência pedagógica das intervenções dos operadores do projeto em situações de conflito envolvendo crianças e adolescentes, a democratização da justiça e da segurança, a desjudicialização de conflitos e a prevenção da reincidência.

Já em Brasília, o projeto de justiça restaurativa é desenvolvido junto aos 1º e 2º Juizados Especiais de competência geral do Núcleo de Bandeirantes, trabalhando apenas com delitos de menor potencial ofensivo adotando o procedimento mediação vítima e ofensor (ACHUTTI, 2016). Segundo Raupp e Benetti (2007, p.13) o objetivo do projeto é avaliar a percepção desse modelo junto aos operadores e usuários do sistema formal de justiça e averiguar a pacificação social a partir da resolução das causas subjacentes dos conflitos.

Tendo em mente o sucesso dos projetos restaurativos implantados no país como um adiantamento de possíveis resultados em caso de sua institucionalização, se faz necessária uma análise da permissibilidade desse modelo no sistema jurídico brasileiro, a fim de estabelecer uma coerência entre um e outro.



Para tanto, se faz necessária uma análise minuciosa dos princípios e normas do direito nacional a fim de estabelecer uma conexão com os ideais da Justiça Restaurativa.

Partindo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>124</sup>, verifica-se indicativos favoráveis a sistematização do modelo restaurativo. Nesse sentido, o preâmbulo da lei máxima brasileira preleciona:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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.

O preâmbulo da CRFB/88, apesar de não conter força normativa, deixa explícito os ideais do Estado e estabelece notas introdutórias a respeito do conteúdo da Lei. Desse texto inicial, destaca-se a expressão *solução pacífica das controvérsias*, e a partir disso, pressupõe-se que a constituição cidadã abordará em seu conteúdo um dos mais importantes ideais da Justiça Restaurativa.

Adiante, no artigo 1º do mesmo dispositivo legal, a Dignidade da Pessoa Humana é listada como um dos princípios<sup>125</sup> do Estado Democrático brasileiro. Nas palavras de Moraes (2002. p. 128):

A dignidade é 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 em 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.

Além do reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana como direito fundamental, o Estado brasileiro precisa providenciar meios para que essa garantia seja respeitada. Notoriamente, o atual Sistema de justiça criminal se mostra ineficaz no que se refere ao respeito as necessidades da vítima que sofreu com determinado ato criminoso e as condições mínimas de dignidade do transgressor dentro dos estabelecimentos prisionais.

Através das práticas restaurativas, defende-se uma política criminal humanista, buscando estabelecer meios para que as necessidades da vítima sejam atendidas, a fim de evitar que as consequências traumáticas do crime se prolonguem, interferindo no seu desenvolvimento pessoal. Além do mais, em relação ao agente delitivo, a Justiça Restaurativa incentiva a reinserção do indivíduo na comunidade, para que este não ingresse no sistema carcerário desumano e conseqüentemente venha a ser estigmatizado socialmente.

No plano dos direitos fundamentais, destaca-se também, o direito à liberdade como garantia indispensável ao todo cidadão. A respeito disso o artigo 5º da CRFB/88 dispõe:

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 seguintes termos: (.)

Entretanto, apesar de ser uma garantia imprescindível a todo indivíduo, constata-se no cenário nacional, distintas situações de afronta a esse direito. Atualmente mais de 700 mil

<sup>124</sup> Desse momento em diante será denominada apenas CRFB/88.

<sup>125</sup> Terminologia utilizada como proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior deve estar subordinado.



cidadãos brasileiros encontram-se privados de sua liberdade, este é um dado bastante alarmante, considerando as condições precárias de infraestrutura dos estabelecimentos prisionais e o elevado custo para manutenção do sistema.

Os métodos restaurativos vão muito além da punição. Acredita-se que a aplicação de sanções não impede que o indivíduo reingresse no universo do crime, além do mais, muitas vezes o afastamento do convívio social, acaba sendo ainda mais prejudicial no que se refere a reabilitação do agente delituoso.

Dessa forma, a Justiça Restaurativa defende que, muito mais do que usar a privação da liberdade como retribuição ao mal causado, o sistema criminal deve buscar meios de estimular que aquele que cometeu o crime se arrependa e voluntariamente apresente uma forma de reparar os danos decorrentes de seu erro. Nesse mesmo sentido, preceitua Soares (2011, p. 100):

Por ora, basta acentuar o seguinte: se desejamos evitar que fatos violentos ou nocivos voltem a acontecer ou aumentem sua intensidade e quantidade, em vez de fazer o criminoso condenado sofrer para que sirva de exemplo para potenciais criminosos, seria mais eficiente fazer o possível para impedir que volte ao crime, quando retornar ao convívio social ou mesmo enquanto ainda estiver detido. Se cada condenado for conquistado pelos princípios do respeito aos outros e à legalidade constitucional, teremos incorporado à sociedade mais um adepto da cidadania democrática.

Ainda no campo principiológico, é importante considerar o princípio da intervenção mínima, segundo o qual, o direito penal deve ser invocado em *última ratio*<sup>126</sup>, ou seja, somente quando for estritamente necessário, podendo interferir de forma ínfima na vida das pessoas. A respeito desse importante princípio Nucci (2015) escreve:

Cabe ao Estado Democrático de Direito promover e resguardar os direitos e garantias individuais, contendo a intervenção repressivo-penal ao mínimo indispensável para assegurar a harmonia e o bem-estar em sociedade. O excesso de figuras típicas incriminadoras fere a ideia de intervenção mínima, retirando o Direito Penal da posição de *ultima ratio*, para que se desvista do caráter de subsidiariedade e invada áreas reservadas a outros ramos do ordenamento jurídico. O abusivo intervencionismo do Estado rompe o limite racional de sua fragmentariedade, provocando o seu inchaço incômodo, arrogando a si a resolução de conflitos, que seriam, como regra, imunes à repressão penal.

Tratando-se de um violento mecanismo de coerção social, o direito penal deve ser usado com cautela e de forma subsidiária, ou seja, somente depois de esgotados todos os outros meios de resolver o problema.

Para tanto, o paradigma restaurativo surge como um meio alternativo, podendo ser usado de forma paralela ao processo tradicional. Defende-se que o conflito deve ser resolvido de forma pacífica, através da autocomposição e mediação, onde cabe aos próprios envolvidos no fato a prerrogativa de resolver o litígio de forma democrática. Desse modo, evita-se que o problema chegue à tutela jurisdicional do sistema punitivo.

Além dos princípios gerais de direito, é possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro dispositivos legais que dão abertura para a inserção de práticas restaurativas dentre os atos do processo jurisdicional. Desse modo, observa-se no artigo 98, inciso I, da CRFB/88 a previsão legal do uso de procedimentos conciliatórios no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:  
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (.)

<sup>126</sup> Expressão derivada do latim que significa em “última razão” ou “último recurso”.

Esses procedimentos conciliatórios descritos na CRFB/88 foram posteriormente regulamentados através da Lei nº 9.099 de 1995 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Aparentemente esse dispositivo legal pode viabilizar a aplicação da Justiça Restaurativa através da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo e no julgamento de contravenções penais e em crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, na forma dos artigos 72<sup>127</sup>, 76<sup>128</sup> e 89<sup>129</sup> da referida lei.

De acordo com o artigo 2º da Lei nº 9.099 de 1995, os procedimentos mencionados anteriormente serão orientados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Segundo Pinto (2005, p. 30) tais dispositivos, interpretados extensivamente, são normas permissivas que legitimam a ilação de que esse procedimento pode ser encaminhado a um Núcleo de Justiça Restaurativa, se presentes os pressupostos de admissibilidade do processo restaurativo, o caso passa por uma avaliação multidisciplinar e de acordo com sua viabilidade técnica será conduzido para resolução em um encontro restaurativo.

Além da possibilidade existente nos Juizados Especiais Criminais, outro espaço normativo onde já são visíveis aspectos restaurativos é o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>130</sup> (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Segundo o Código Penal e Processual Penal, o crime pode ser praticado por pessoa que conta com 18 (dezoito) anos de idade ou mais. No caso da criança ou adolescente que pratica conduta descrita como crime ou contravenção penal, denomina-se ato infracional e como forma de punição serão aplicadas medidas socioeducativas na forma do artigo 112 do ECA.

As medidas socioeducativas têm como finalidade a reabilitação do adolescente em conflito com a lei. Para tanto, serão levadas em conta as necessidades pedagógicas e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Consoante disposto na Lei nº 12.594/2012 que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), verifica-se:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

(.)

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.

Alguns tribunais estaduais já têm implantado práticas restaurativas em casos que envolvem o jovem em conflito com a lei. Acredita-se que estes procedimentos têm um elevado poder de reparação, uma vez que, ao estimular a percepção do erro, a Justiça Restaurativa proporciona ao adolescente a oportunidade de se arrepender pelo ato ilícito e ser reinserido no meio social, evitando que este seja marginalizado e volte a delinquir.

Além das espécies normativas já citadas, é importante fazer algumas considerações sobre a Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, em suas considerações iniciais sobrevém que:

(.) diante da complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados, não só os aspectos relacionais individuais, mas também, os comunitários, institucionais e sociais que contribuem para seu surgimento, estabelecendo-se fluxos e procedimentos que cuidem

<sup>127</sup> Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

<sup>128</sup> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

<sup>129</sup> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

<sup>130</sup> Que a partir desse momento será mencionada com ECA.

dessas dimensões e promovam mudanças de paradigmas, bem como, provendo-se espaços apropriados e adequados (.)

Muito embora essa resolução não possua força normativa, ela representa um importante meio de propagação e conhecimento do Sistema Restaurativo no país. Através desse ato regulamentador buscou-se apresentar um conceito uniforme da Justiça Restaurativa além de algumas diretrizes básicas para sua implantação como forma de aprimoramento do Poder Judiciário.

Ainda, é importante ressaltar que tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 7006<sup>131</sup> de 2006 que estabelece o uso facultativo de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais, propõe ainda, alterações no Código Penal (Decreto Lei nº 2.848/2940) e Processual Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689/1941), e ainda na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995). No momento o PL 7006/2006, encontra-se apensado ao Projeto de Lei 8.045/2010 que trata da instituição de um novo Código de Processo Penal no Brasil.

Este projeto representa um importante passo para a institucionalização da Justiça Restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro. Com o objetivo de combater a criminalidade através da pacificação social, “esse procedimento visa solução negociada entre o autor do delito, a vítima e representantes da comunidade, com o objetivo de demonstrar ao primeiro as consequências e aos últimos as razões da conduta delituosa” de acordo com o voto do relator do Projeto de Lei, Deputado Lincoln Portela.

## ■ CONCLUSÃO

O presente estudo, teve como objetivos apresentar o instituto da Justiça Restaurativa como uma alternativa viável ao modelo punitivo a partir de fundamentos legais para sua institucionalização no Brasil.

Tendo em mente as inúmeras dificuldades enfrentadas pelo atual sistema de justiça criminal vigente na redução dos índices de violência e a efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais buscou-se analisar a Justiça Restaurativa como um meio de contribuir na resolução mais célere e eficaz dos conflitos criminais.

A principal finalidade desse sistema é a implantação de medidas mais humanizadas no processo penal a fim de assegurar o exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão. De modo geral, o processo restaurativo aborda não só a punição do infrator, mas a reparação dos danos e traumas sofridos pela vítima e a restauração de ideais comunitários afetados pelo ato criminoso.

Muito embora o modelo restaurativo ainda não seja regulamentado no Brasil, métodos voltados à solução pacífica de conflitos já estão sendo implantados através de projetos institucionais de forma paralela ao processo penal. Estas praticas estão sendo utilizadas na tratativa de delitos considerados de menor potencial ofensivo e em casos de transgressões praticadas por crianças e adolescentes e tem apresentado resultados bastante positivos na justiça nacional.

A partir da análise de pressupostos normativos constitucionais e principiológicos do direito pátrio foi identificado a existência de fundamentos que dão abertura para a implantação dessas práticas no sistema de resolução de conflitos no país. Além do mais, constatou-se que algumas espécies normativas vigentes já englobam práticas restaurativas na tratativa de crimes e contravenções penais, servindo como um caminho para a institucionalização desse novo paradigma.

Diante disso, como resultado tem-se que a implantação da Justiça Restaurativa de forma integral no processo de resolução de conflitos criminais no Brasil é um grande desafio para os legisladores e estudiosos do direito pátrio, é preciso considerar que sua institucionalização, por si

<sup>131</sup> Que desse momento em diante será citado apenas como PL 7006/2006.

só, não resolveria todos os problemas do sistema penal brasileiro, uma vez que os efeitos da má administração criminal tomaram dimensões extraordinárias no território nacional, no entanto, acredita-se que os princípios restaurativos podem servir como base para reformulação de um novo paradigma para resolução de conflitos criminais no Brasil.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ATLAS DA VIOLÊNCIA. Instituto de Pesquisa Econômica Avançada (IPEA). Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17>>. Acesso em: 25 de out. de 2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.006, de 10 de maio de 2006. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 18 de jul. de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 225, de 31 de maio de 2016. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

INFOPEN. Levantamento Nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017 / organização, Marcos Vinícius Moura. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em 25 de out. de 2019.

JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL, a paz pede justiça. Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/justica-restaurativa/>>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>>. Acesso em: 23 jul. de 2019.

ONU. Resolução 2012/12: Princípios Básicos para utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal Disponível em: <<http://vitimologiaejusticarestaurativa.blogspot.com/2014/07/resolucao-200212-da-onu-principios.html>>. Acesso em: 16 jul. de 2019.

PINHEIRO, Gabriela Arantes; ALMEIDA, Cristiane Roque. Justiça Restaurativa como prática de resolução de conflitos. **Revista Desafios**, v. 04, n. 04, 2017. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/desafios/article/>>. Acesso em: 16 jul. de 2019.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** org., 2005. Justiça Restaurativa Coletânea de artigos. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD) Pgs. 19-49.

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. **Revista Ultima Ratio**, ano 1, n.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOARES, Luiz Eduardo. **Justiça: pensando alto sobre violência, crime e castigo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SOUSA, Asiel Henrique de. **Programa Justiça Restaurativa**. Disponível em <<https://www.premioinnovare.com.br/proposta/programa-justica-restaurativa-381/print.>>. Acesso em: 12 jun. de 2019.

VADE MECUM UNIVERSITÁRIO DE DIREITO RIDEEL. Anne Joyce Angher, organização. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

VASCONCELOS, Rayan. Justiça restaurativa: um novo paradigma. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5164, 21 ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59792>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2015.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424/DF NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Láisa Rohrbacher<sup>132</sup>  
Sarah Francine Schreiner<sup>133</sup>

**RESUMO:** A violência contra a mulher é um crime complexo, e sua prática frequente, especialmente no ambiente doméstico, demandou resposta a essa violência, sendo estabelecidas diretrizes protecionistas pelo Estado, como a Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha. Esta lei objetiva auxiliar e proteger as mulheres vítimas de violência doméstica, sendo, em seu início de vigência, objetivo de controvertidas interpretações, uma delas condizente ao aspecto estatal de dar prosseguimento a uma perseguição criminal, mesmo com o desinteresse expresso da mulher, vítima de violência, de dar continuidade à ação penal. Assim, discutiu-se na ADI 4424/DF, a natureza incondicionada da ação penal na prática de lesão corporal contra a mulher, dentro do ambiente doméstico de convivência. O problema deste estudo diz respeito à importância da ADI 4424/DF para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher no Brasil. Através do método bibliográfico de pesquisa, com a análise de doutrina e jurisprudência, objetiva-se entender os argumentos que levaram a seu ajuizamento, e compreender o entendimento do STF, examinando as justificativas dos ministros que declararam desnecessária a representação da mulher no caso de apuração do crime de lesão corporal praticado contra ela no ambiente doméstico nesta ação. Vale dizer, se exigida a representação para processamento da situação criminal pelo Estado, ter-se-ia mais um obstáculo à punição do agressor caso a mulher desistisse de processá-lo mesmo havendo exame de corpo de delito atestando a lesão corporal. Logo, como resultado, tem-se que o entendimento do STF, no julgamento da ADI 4424/DF, dá conta que tal circunstância – a representação – se exigida, esvaziaria a proteção constitucional assegurada às mulheres, contribuindo este julgamento, positivamente, no enfrentamento da violência doméstica no país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência Doméstica. Representação. Constitucionalidade. Direitos Humanos. Dignidade Humana. Violência Contra a Mulher.

## ■ INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um fenômeno antigo, fruto de uma construção histórica, que desagua em problemas tanto na esfera social e cultural quanto na econômica. Dentro desse contexto, vislumbra-se que o senso comum, ao invés de incentivar a denúncia de delitos que envolvam violência doméstica, faz acreditar que, a principal causa para a violência contra a mulher, é a própria mulher, que, neste caso, também é a vítima do crime. Ao analisarmos chavões como “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher” verificamos que o que é repassado às gerações vindouras é que não se deve interferir na intimidade da família, porque este seria um

<sup>132</sup> Graduanda em Direito pela Univille *campus* São Bento do Sul – SC. Participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos – NEADH. Brasil. E-mail: laisarohrbacher@gmail.com

<sup>133</sup> Professora do Curso de Direito da Univille *campus* São Bento do Sul – SC. Mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas – PUC/PR (bolsista Capes). Participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos – NEADH. Brasil. E-mail: sarahfrancine@yahoo.com.br



problema de cunho particular, com resolução dentro do próprio círculo familiar, sem interposição externa.

O debate da violência doméstica contra a mulher, fomenta o necessário tratamento a ser dado a este tema, como de fato é, uma violação aos direitos humanos e à dignidade do gênero feminino. Desse modo, ficam restritos os limites entre o privado e o público, colocando-se no centro de discussões sociais assuntos antes tratados como apenas de “família” (MELLO, 2010).

A legislação brasileira por muito tempo foi deficitária quanto à proteção da mulher. Quando colônia, a violência contra a mulher tinha um caráter corretivo, e servia de punição para àquelas que se desvirtuassem do seu “papel” em sociedade (REIS, 2016). Apenas com a pressão de outros Estados, que, dentro de seus ordenamentos jurídicos, já se posicionavam em favor de normas protecionistas e que privilegiavam os direitos humanos, é que o nosso país começou a construir instrumentos que resguardassem os direitos fundamentais de cada indivíduo, inclusive da mulher.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>134</sup>, se teve a primeira lei que de fato visava proteger a figura da mulher. Norteada pelos princípios da igualdade e da liberdade, o seu advento trouxe à sociedade o conceito de igualdade entre todos<sup>135</sup>, que por sua vez, consagrou a violência contra a mulher como grave violação aos direitos humanos, considerando o ato como uma ideia de imposição da superioridade masculina sobre a mulher, que, em regra, encontrava-se numa posição desfavorecida, de submissão, nas relações familiares.

No entanto, mesmo com a implementação de novos parâmetros constitucionais, os índices de violência contra a mulher continuavam alarmantes, ainda que a maioria dos casos não chegassem às autoridades.

Por conta da constante ineficácia do Estado brasileiro ante a violência doméstica, que reduzia as denúncias a meros procedimentos que não solucionavam o problema, bem como pela participação em Convenções Internacionais, que tinham como objetivo a primazia da proteção aos direitos humanos, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, de 1994<sup>136</sup>, ocorrida em Belém do Pará, o legislativo brasileiro formulou a Lei n. 11.340 de 2006, norma específica, que tinha por objetivo além de proteger, da maneira mais eficaz possível, as mulheres, principalmente na esfera privada dos relacionamentos domésticos e familiares, ela visava corrigir o histórico de discriminação sofrido pela mulher na sociedade e dentro do meio familiar.

A Lei 11.340/06 foi batizada como *Lei Maria da Penha* em razão da luta enfrentada por Maria da Penha Maia Fernandes, que teve a sua denúncia de violência doméstica e a violação aos seus direitos humanos tratados com displicência pelo Estado. Além de ser um marco na legislação brasileira, a referida lei estabeleceu o conceito de violência doméstica, em que configura-se violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, além de acarretar dano moral ou patrimonial<sup>137</sup>.

Com a implementação da Lei Maria da Penha houveram diversas inovações no campo jurídico brasileiro, no entanto, controvérsias começaram a ser suscitadas em torno da lei em comento, a exemplo da obrigatoriedade da representação da vítima mulher para a persecução penal nos crimes de lesão corporal provocada em decorrência da violência doméstica. Aqui encontra-se o centro de discussão do presente artigo. Por meio de pesquisa bibliográfica, com o auxílio da doutrina e da jurisprudência, busca-se entender os argumentos que levaram ao ajuizamento da ADI 4.424/DF<sup>138</sup>, que discutia a ação penal referente ao delito de lesão corporal leve praticado contra a mulher em razão de relações domésticas de com vivência, além de conhecer o entendimento

<sup>134</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, (web).

<sup>135</sup> Artigo 5º, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, (web).

<sup>136</sup> Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres de 1994, (web).

<sup>137</sup> Artigo 5º, *caput*, da Lei n. 11.340 de 2006, (web).

<sup>138</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade

do STF<sup>139</sup>, a partir do julgamento da referida ação, e examinar as justificativas dos ministros, de acordo com o conteúdo legal, para declarar pública incondicionada a ação para processamento deste crime.

## ■ 1. DESENVOLVIMENTO

O ponto controvertido que aqui estuda-se diz respeito ao processamento dos crimes de lesão corporal leve, decorrentes de violência doméstica, contra a mulher. Nesse caso, levou-se à Suprema Corte, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 do Distrito Federal, a discussão a respeito da persecução penal de tal delito, debatendo-se se o processamento de tal delito se daria na forma de ação penal pública incondicionada ou se dar-se-ia por meio de ação penal pública condicionada à vontade da vítima.

Neste curso, o Procurador-Geral da República pretendia que os artigos 12, inciso I, 16 e 41, fossem interpretados segundo os ditames da Constituição Federal de 1988, bem como pugnou para que fosse declarada a inaplicabilidade da Lei 9.099/95, nos crimes sobre os quais esta lei versava, cometidos contra a mulher no âmbito doméstico.

Pois bem, cabe mencionar que a Lei 9.099/95 institui os Juizados Especiais, tanto na área cível quanto na penal. O seu advento trouxe à tona a possibilidade da persecução penal de crimes de baixo potencial ofensivo pela forma sumaríssima, privilegiando a celeridade processual com audiências de conciliação entre agressor e vítima, concedendo formas alternativas de cumprimento de pena pelo réu, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo. Assim, o Estado deu autonomia suficiente para que a vítima tomasse a iniciativa para impulsionar a persecução penal, através da sua representação. Desse modo, apenas após a autorização da ofendida é que se processaria o delito.

Nessa esteira, o Procurador-Geral da República justificou a interpretação constitucional da Lei Maria da Penha pois a necessidade de representação da vítima acarretaria na inobservância da dignidade humana da mulher, uma vez que obstaria à punição do agressor, que muitas vezes dissuadia a vítima do processamento do delito.

Vale lembrar que a renúncia à representação é causa de extinção da punibilidade do autor, ou seja, nesse caso o agressor sairia sem nenhum tipo de retribuição à vítima e sem sofrer qualquer tipo de punição frente à sua violação à dignidade humana da mulher.

Extinção da punibilidade, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2017, pp. 561/562):

É o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos em lei. [...] A condição de procedibilidade é condição ligada ao processo, que uma vez presente, autoriza a propositura da ação. Ex.: representação do ofendido nos crimes de ação pública condicionada. Porém, ausente, pode levar à extinção da punibilidade, afinal, sem representação no prazo de seis meses, ocorrerá a decadência (art. 107, IV, CP).

Além das razões expostas, o Procurador-Geral da República levantou a tese de que se o procedimento estiver vinculado à representação da ofendida o princípio *mor* da igualdade também estaria violado, haja vista que os efeitos enfrentados pela vítima são demasiadamente nocivos e desproporcionais, considerando os prejuízos sociais enfrentados pela mulher, além de atingir todos os componentes da família, o que viola não apenas o artigo 5º da Constituição Federal, com o rol de direitos fundamentais a todo indivíduo, mas também o artigo 226, § 8º da Carta Magna, onde o Estado estaria deixando de cumprir seu dever legal de assistência e proteção à família.

Como bem ressalta o doutrinador Lênio Luiz Streck (1999, p. 94):

Com o juizado especial criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou a ‘surra doméstica’ com a transformação do delito de lesões corporais de ação pública incondicionada para ação pública condicionada. [...] O Estado assiste de camarote e diz: batam-se que eu não tenho nada com isto. É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada ‘teoria do bem jurídico’, própria do modelo liberal individual de Direito.

Revelando-se a relação de poder que existe na violência doméstica praticada contra a mulher, verifica-se que, na possibilidade de representação da vítima, haveria um desleixo da parte do Estado ao tratar da violência doméstica nas condições explanadas, o que só contribui para o acúmulo e arquivamento das causas, onde se vê a reprivatização do conflito doméstico, mantendo-se o antigo modelo de hierarquia de gênero pré-estabelecido pelas sociedades passadas, resultando na perpetuação do quadro de violência doméstica contra a mulher.

Ao proferir o seu voto, o relator do julgamento, o Ministro Marco Aurélio se utilizou do princípio da realidade, onde considerou o que ocorre no cotidiano de uma mulher que é vítima de violência doméstica. Observou que, na maioria dos casos, perpetrada a lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida física e moralmente, acaba por prender-se à esperança de mudança do companheiro, não levando adiante a representação à agressão sofrida.

De acordo com Stela Cavalcanti (2007), em “*Violência Doméstica – Análise da Lei Maria da Penha*”, citada pelo Ministro Marco Aurélio na referida ação (2012, p. 02), a renúncia aos crimes de violência doméstica chega a 90% dos casos.

A causa desse índice se dá em razão da manifestação da vontade da mulher não estar livre e desimpedida, pois ao vislumbrar a mínima chance de alteração no comportamento do companheiro, a representação perde a sua importância em relação à evolução do agente, o que, na maioria das vezes, leva à reiteração da agressão, de forma mais violenta e lesiva em razão da perda dos freios inibitórios, pois, uma vez havendo o recuo no processamento da primeira agressão, o autor se fixa no precedente, e tem certeza de que o mesmo ocorrerá em lesões futuras, o que pode, inclusive, levar a vítima à morte, uma vez que não há nenhum instrumento que impeça esse comportamento agressivo por parte do agente.

Considerando os parâmetros constitucionais, o Ministro relator enfatizou o fato de que é dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um que a compõe, criando mecanismos legais para coibir a violência no meio familiar. Assim, não seria razoável condicionar a atuação estatal à vontade da mulher, viciada por diversos fatores sociais, até mesmo pelo medo de represálias, sob pena de contrariar os preceitos sobre os quais ergueu-se a Magna Carta.

Destacou ainda, que antes da construção dos Juizados Especiais, a lesão corporal provocava a ação penal pública incondicionada. Foi somente com a criação da Lei 9.099/95 que se passou a exigir a representação do ofendido para a aplicação da ação penal. Entretanto, o legislador ao editar a Lei 11.340/06, atentou-se ao fato de que a representação da mulher implicava em revelar os impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impediria de romper com o estado de submissão.

Contudo, cabe ressaltar a tese de Leda Maria Hermann, em “*Maria da Penha: lei com nome de mulher*”, também citada pelo Ministro Marco Aurélio na construção de seu voto sobre o mérito da demanda (2012, p. 05):

Reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos. Trata-se de garantir a intervenção estatal positiva, voltada à sua proteção e não à sua tutela (HERMANN, 2007, pp. 83/84).

Isto quer dizer que, embora a mulher tenha capacidade e autonomia para se estabelecer no meio social e administrar a sua vida, é preciso relevar o fato de que é necessário criar desigualdade para combater desigualdades, ou seja, se a mulher vítima de violência doméstica não for

colocada sob a proteção do Estado estar-se-ia desconsiderando o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas e a assimetria de poder construída por fatores históricos e culturais, o que apenas desencadearia na atenuação do caráter protetivo e na perpetuação da violência, discriminação e ofensa à dignidade humana da mulher.

Destarte, na concepção do Ministro Marco Aurélio, é descabível a interpretação da Lei 11.340/06 de forma dissociada da Constituição Federal e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, uma vez que a Lei Maria da Penha eleva a luta das mulheres por reconhecimento e respeito, e, protege os direitos fundamentais inerentes a ela, preservando a sua dignidade sob diversos aspectos, contribuindo com as condições mínimas de desenvolvimento da identidade do gênero feminino. Portanto, proferiu seu voto favoravelmente à procedência da ADI 4.424/DF, afastando a aplicabilidade dos Juizados Especiais nos crimes de lesão corporal praticados com violência doméstica contra a mulher.

No mesmo julgamento, a Ministra Cármen Lúcia reforçou os argumentos já utilizados pelo Ministro Marco Aurélio e concordou com a afirmação de que a maior proteção que o Estado pode oferecer à vítima de violência doméstica está em não exigir atitude contrária à do marido/companheiro agressor, evitando, assim, mais um confronto no cerne familiar. Salientou, que a vítima que quer justiça, ao representar, não possui conhecimento quanto aos conceitos teóricos de ação penal pública e de suas consequências, seja a ação condicionada ou incondicionada à sua representação, assim, a ideia de ação penal é completamente vaga a ela. Por isso, é de suma importância que o Estado pegue para si o encargo de punição do autor do fato criminoso, concedendo caráter impessoal à ação penal, vez que o agressor não teria como atribuir à vítima o processamento do crime.

Ademais, extrai-se do julgamento que a exigência de representação da mulher a torna mais vulnerável frente ao sistema penal brasileiro, como bem exemplifica Márcia Macedo em *“Diásporas, diversidades, deslocamentos”*, de 2010, *apud* Ministro Ayres Britto, no julgamento em tela (2012, pp. 08/09):

Ao analisar as dificuldades por que passam as delegacias de polícia especializadas no atendimento à mulher, Lima (2007) analisa: ‘Na verdade, elas refletem as dificuldades da aceitação, por parte da polícia e, mesmo, da população, da ideia defendida pelas feministas, desde a década de 60, de que a violência doméstica é crime’ - ou seja, nem a população aceita com facilidade, nem a polícia, essa ideia-força, o machismo, de que a violência doméstica é crime - “e constitui um problema político. A aceitação plena desse princípio exige uma verdadeira quebra de paradigmas em uma cultura que tem o patriarcalismo como modelo de família. Os preconceitos, ainda hoje existentes com relação à mulher, afetam as relações e representações de gênero perpetuando, apesar das inegáveis mudanças, traços de uma cultura construída dentro de parâmetros morais judaico-cristãos, que continua, muitas vezes,” - isso é importantíssimo - “responsabilizando a mulher pela violência de que é vítima (MACEDO, 2010).

A Ministra Rosa Weber se valeu da menção a mecanismos internacionais para a proteção dos direitos humanos, que permitem a interferência na privacidade da família, desde que necessária para a preservação da saúde, bem-estar e de outros direitos fundamentais ou para prevenção da consumação do ato criminoso, para admitir que o condicionamento à representação da vítima nos crimes de lesão corporal leve no âmbito doméstico, removeria a essência da Lei Maria da Penha, desvalorizando todo o trabalho empenhado na sua construção. Ademais, ressaltou, a fala do relator, em que a reincidência da violência doméstica é regra, e não exceção. Desse modo, consagrou seu voto pela procedência da interpretação constitucional dos dispositivos da Lei Maria da Penha aqui em comento, em concordância com o Ministro Marco Aurélio, reconhecendo a violência doméstica contra a mulher como uma forma específica de violência.

O Presidente do Julgamento, Ministro Cezar Peluso, lembrou em seu voto que a celeridade processual é essencial no combate à violência, pois quanto mais rápida for a sua decisão, maior será a sua eficácia. Considerou os riscos que o legislador deve levar em conta ao elaborar uma lei,

quais sejam, no presente caso, a possibilidade de intimidação da vítima mulher ao levar a público a notícia-crime, porque ela sabe que não poderá interferir e nem impedir a ação penal, uma vez iniciada. E, mesmo que terceiros possam realizar essa denúncia, medida esta excepcional, a condição de eficácia não estaria garantida, vez que ficar na dependência de denúncia por terceiro, é ficar à mercê de notícia nenhuma.

Ponderou ainda a questão de que o legislador, como constituinte, considerou a necessidade da proteção da mulher e da manutenção da situação familiar, em que está envolvida não apenas a mulher, mas também os filhos e outros parentes, que constituem elemento fundamental para a sociedade. Em seu voto, o Ministro não deixou de considerar a hipótese em que a vítima continua residindo com o agressor, numa convivência já pacificada, mediante renovação do pacto familiar, e é surpreendida por sentença condenatória, que poderá trazer consequências imprevisíveis ao cerne familiar.

Essa situação, na concepção do Ministro Cezar Peluso, pode desencadear maior violência por parte do agressor, agora condenado, por saber que a ação penal responsável pelo processamento do seu delito, exclui possível intervenção mediante atuação da mulher. Em vista dessas razões, o Presidente do Julgamento foi contra a maioria da Corte, votando pela improcedência do pedido postulado.

Posto isso, a Suprema Corte, por maioria dos votos e nos termos do voto do relator, julgou procedente os pedidos formulados no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF, antagonizando com o voto do Presidente, para assentar a natureza incondicionada da ação penal, em caso de crime de lesão corporal praticado contra a mulher dentro do ambiente doméstico, pouco importando a extensão da lesão, confirmando a inaplicabilidade da Lei 9.099/95 aos crimes de violência doméstica e familiar cometida contra a mulher.

## ■ CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal firmou o seu entendimento em conformidade com o Texto Maior, visto que condicionar o processamento do crime de violência doméstica à representação da vítima, como explanado pela Ministra Rosa Weber em seu voto, impõe, da perspectiva psicossocial, exigências maiores às mulheres vítimas de violência doméstica, do que às vítimas que sofrem do mesmo tipo de lesão, mas em contextos sociais diferentes, onde não se tem subordinação afetiva entre vítima e agressor.

Se tal instrumento – a representação – fosse mantido pelo Estado, a condição da mulher dentro do ambiente doméstico estaria ainda mais vulnerável, visto que, na maioria das vezes ela sofre em silêncio com agressões diárias, o que esvaziaria a proteção constitucional assegurada a ela, colidindo com as garantias previstas, principalmente, nos artigos 5º e 226 da Constituição Federal, atingindo diretamente os pilares do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, ao saber que a vítima não poderá interferir e nem impedir o andamento processual da ação, o agressor não estará mais encorajado a praticar novas agressões, reincidindo no delito, tendo mais consciência da gravidade e das consequências da violência doméstica e familiar contra a mulher

Sendo assim, como conclusão, extrai-se deste julgamento efeitos positivos no enfrentamento da violência doméstica no país, uma vez que possibilitou o alinhamento da referida lei com o ordenamento protecionista que rege o Estado Democrático de Direito.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF, de 09 de fevereiro de 2012. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 18/09/2019.



BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18/07/2019.

BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 18/07/2019.

BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 18/07/2019.

BRASIL, Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 18/07/2019.

BRASIL, Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acesso em: 18/07/2019.

CAMPOS, Carmen Hein. *Juizados Especiais criminais e seu déficit teórico*. Revista de estudos feministas. v. 11, n. 1/2003.

CAVALCANTI, Stela V. S. F. *Violência Doméstica. Análise da Lei Maria da Penha, n.º 11.340/06*. Salvador: Ed. Podivm, 2007.

HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha: lei com nome de mulher*. Campinas: Servanda, 2007.  
MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *A Lei Maria da Penha e a Força Simbólica da “Nova Criminalização” da Violência Doméstica Contra a Mulher*. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza – CE. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf). Acesso em: 18/10/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal* – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OEA. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 10/09/2019.

REIS, Wanderlei José dos. *Análise da Lei Maria da Penha e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4847, 8 out. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52467>. Acesso em: 18/07/2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Criminologia e Feminismo* In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.



# JUSTIÇA RESTAURATIVA: POSSIBILIDADES E LIMITES DE SUA APLICAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gabriel Langaro Ortega<sup>140</sup>  
 Marina Carmisin Barbosa<sup>141</sup>  
 Thaís Cristina Lara Fettback<sup>142</sup>  
 Helena Schiessl Cardoso<sup>143</sup>

**RESUMO:** Diante da crise do sistema de justiça criminal, o movimento do restaurativismo coloca-se como alternativa ao tradicional retributivismo, buscando redefinir o crime como uma lesão a direitos fundamentais da vítima e focando primordialmente na restauração das relações conflituais. Coloca-se, enquanto problema de pesquisa, em que medida o modelo da Justiça Restaurativa encontra aplicabilidade no Brasil à luz do ordenamento jurídico. Para tanto, esboçamos um quadro conceitual da Justiça Restaurativa enquanto paradigma em construção, principalmente, à luz da obra de Howard Zehr. Verificamos ainda a inexistência de lei formal que regulamente a matéria no Brasil, sendo as práticas restaurativas no âmbito do Poder Judiciário regulamentadas pela Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Por fim, indicamos um campo bastante restrito de aplicação da Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal brasileiro em razão da prevalência da ação penal de iniciativa pública incondicionada, limitando a possibilidade de realização de projetos restaurativos aos campos deixados abertos à conciliação pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, pelo Estatuto do Idoso e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema de Justiça Criminal. Justiça Restaurativa. Resolução nº 225 do CNJ.

## ■ INTRODUÇÃO

O sistema de justiça criminal enfrenta cotidianamente violações de direitos fundamentais dos cidadãos através de um modelo de Justiça Retributiva, isto é, o Estado investiga, processa e julga o ofensor, aplicando-lhe no final do processo uma pena criminal.

No entanto, o sistema penal encontra-se em crise, pois, conforme setores críticos da Criminologia, a pena é incapaz de cumprir as funções declaradas de prevenção de delitos (ANDRADE, 2012; BARATTA, 2002; SANTOS, 2014) e, em alguns países, tal pena ainda é cumprida em condições atentatórias aos direitos humanos fundamentais (CHRISTIE, 1998; ZAFFARONI, 1998). Ademais, o processo penal não dá conta das necessidades da vítima que geralmente se sente abandonada pelo Estado e pela sociedade (ZEHR, 2008).

Diante desta cenário, a Justiça Restaurativa surge como um possível caminho alternativo

<sup>140</sup> Acadêmico de Direito e pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito na aceleração da dinâmica social e as novas tecnologias” do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: gabriel.ortega@catolicasc.org.br

<sup>141</sup> Acadêmica de Direito e pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito na aceleração da dinâmica social e as novas tecnologias” do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: marina.barbosa@catolicasc.org.br

<sup>142</sup> Acadêmica de Direito e pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito na aceleração da dinâmica social e as novas tecnologias” do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: thais.dorelo@catolicasc.org.br

<sup>143</sup> Doutora em Direito (PPGD/UFSC), Mestre em Direito (PPGD/UFPR), Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), Professora de Direito na Universidade da Região de Joinville (Univille) e no Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa “Brasilidade Criminológica” (UFSC), “Paradoxos dos Direitos Humanos no Brasil” (PIP/Direito/Univille) e “Direito na aceleração da dinâmica social e as novas tecnologias” (UNERJ/Católica de Santa Catarina). E-mail: helena.schiessl.cardoso@gmail.com.

de resolução de conflitos, redimensionando o crime como uma lesão a direitos fundamentais da vítima que deverá ser restaurada na medida do possível pelo próprio ofensor, sendo o objetivo primordial a restauração do conflito e não a mera punição do ofensor (CNJ, 2018; ZEHR, 2008).

Diante do exposto, indaga-se, enquanto problema de pesquisa, em que medida o modelo da Justiça Restaurativa encontra aplicabilidade no Brasil à luz do ordenamento jurídico? Neste sentido, o objeto de estudo consiste na Justiça Restaurativa enquanto lente alternativa de solução de conflitos na sociedade, tendo como objetivo geral investigar a possibilidade de sua aplicação no Brasil.

Para tanto, buscaremos inicialmente contextualizar a Justiça Restaurativa enquanto um paradigma em construção para, na sequência, verificar sua disciplina legal no Brasil e, por fim, concluir com a análise dos campos deixados em aberto para a sua aplicação dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## ■ 1. A JUSTIÇA RESTAURATIVA ENQUANTO PARADIGMA EM CONSTRUÇÃO

O termo “Justiça Restaurativa” é historicamente atribuído ao psicólogo Albert Eglash (1957-1958) que defendeu a possibilidade de três distintas respostas ao crime, a saber, a retributiva (punição), a distributiva (reeducação) e a restaurativa (reparação). Não obstante, a Justiça Restaurativa tem ligação com antigas convenções, apresentando um contexto histórico ligado às práticas de justiça indígenas e, também, às tradições de países como Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Estados Unidos e África do Sul (CAMARGO, 2017). O Relatório Analítico Propositivo “Pilotando a Justiça Restaurativa”, coordenado por Vera Regina Pereira de Andrade, indica que:

Segundo a literatura dominante (WALGRAVE, 2008; BRAITHWAITE, 2002c; ZEHR, 2008; MAXWELL, 2005), o que se convencionou denominar Justiça Restaurativa apresenta um vigoroso contexto histórico de surgimento (em lugares como Nova Zelândia, Austrália, Canadá, Estados Unidos e África do Sul), alicerçado em antigas tradições espirituais (cristianismo, budismo, hinduísmo, judaísmo), antigas experiências indígenas e de práticas compensatórias e restitutivas, baseadas em valores; entretanto, condicionado por iniciativas, práticas e movimentos sociais contemporâneos (CNJ, 2018, p. 55-56).

Assim, em termos históricos mais recentes, é possível indicar que a província canadense de Ontário, implementou em 1974 práticas restaurativas através de projetos comunitários, ou seja, atividades paraestatais, com o objetivo de mediar conflitos entre ofendidos e ofensores após a sentença (ZEHR, 2008). Na Nova Zelândia, em meados de 1989, após a conclusão de que o sistema de justiça do país era incapaz de dar respostas satisfatórias à sociedade, incorporou em seu ordenamento jurídico um sistema restaurativo através do Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias, sedimentado em valores “tais como, participação, reparação, cura e reintegração dos envolvidos na infração” (CAMARGO, 2017, p. 56).

No entanto, conforme já indicado acima, tem-se notícias de outras experiências restaurativas no passado, sendo difícil precisar o momento de início da Justiça Restaurativa. De toda sorte, trata-se de uma teoria que ainda está sendo moldada através de práticas e, portanto, é importante salientar que se trata de um paradigma em construção (ACHUTTI, 2010; ZEHR, 2008).

Salienta-se que também há uma pluralidade de formulações teóricas, inexistindo por ora um consenso sobre a pretensão da Justiça Restaurativa. Alguns a consideram como uma técnica ou programa social a ser usado no interior do sistema de justiça penal. Outros, por outro lado, visam abolir parte da estrutura de punição estatal. Ainda, há quem aplique os princípios da Justiça Restaurativa nos demais campos do Direito, desde que haja conflito e dano (CAMARGO, 2017).

Diante de tal diversidade, trabalharemos – enquanto marco teórico – à luz da obra de Howard Zehr (2008). Segundo o autor, o crime não é uma violência contra a sociedade, muito menos contra o Estado. Ao contrário, o crime é “uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele

cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança” (ZEHR, 2008, p. 170).

Portanto, a Justiça Restaurativa é uma forma de resolução de conflitos a partir da responsabilização do ofensor e do empoderamento da vítima, visando proporcionar uma maior participação de ambos no processo de resolução do conflito. Viabiliza-se um momento de diálogo em que, por aquele lado, há uma possível explicação do motivo do crime e sua responsabilização, e deste lado, o desabafo do ofendido que pode manifestar os sentimentos e mazelas de quem teve seu direito violado, na tentativa de mostrar o tamanho do dano sofrido.

Sendo assim, em contrapartida ao atual modelo de justiça criminal retributiva, que trabalha o crime como violação a uma norma e que lida com o infrator essencialmente através da punição, a Justiça Restaurativa propõe uma “troca de lente” (ZEHR, 2008), isto é, um novo enfoque que preconiza uma justiça de reparação e um processo de cura. Portanto, trata-se de uma alternativa à lógica da punição como resposta ao delito que, em geral, não repara os danos sofridos pela vítima e sequer atende às necessidades dos envolvidos no fato criminoso – seja do ofensor, da vítima, dos familiares ou, até mesmo, da comunidade.

Tem-se ainda que esse novo paradigma de justiça em construção importa, em grande medida, elementos da Justiça Comunitária, uma vez que possibilita a negociação e responsabilização do ofensor a partir de uma indenização, ou até mesmo prestação de serviços à comunidade, de modo a se tornar uma alternativa ao sistema punitivo. Todavia, não se pretende a “impunidade” do ofensor, mas sim, a possibilidade de diálogo para o reconhecimento e a responsabilização dos atos praticados, considerando que houve um dano que deve ser reparado, ainda que simbolicamente. Sendo assim, a vítima poderá participar ativamente na decisão sobre o modo de ressarcimento do dano sofrido (ZEHR, 2008).

Ademais, a proposta de mudança da concepção de “Justiça” e “Crime” justifica-se pelo fato da sociedade se encontrar cada vez mais violenta e intolerante, sendo não só vítima dos ofensores, mas atuando ela mesma de forma autoritária através do próprio Estado (PASTANA, 2013). Diante de tal conjuntura, o Relatório Analítico Propositivo “Pilotando a Justiça Restaurativa” resume a deslegitimação do sistema de justiça criminal, nos seguintes termos:

A grave crise de legitimidade que afeta o sistema de justiça penal no Brasil e na América Latina (denunciada em meio século de crítica criminológica), fortemente agravada no contexto neoliberal de expansão da criminalização e do encarceramento, que a agudiza no limite, com a suposta crise de expansão (expansão por dentro da deslegitimação), tem apontado para o esgotamento do modelo punitivo vigente para cumprir qualquer função socialmente útil que compense seus exorbitantes custos humanos e financeiros (CNJ, 2018, p. 20).

Diante desta crise, buscamos verificar a aplicabilidade da Justiça Restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro enquanto modelo alternativo de resolução de conflitos, em especial para tentar satisfazer as necessidades das pessoas envolvidas e dar mais voz à vítima que teve seus direitos violados.

## ■ 2. A INEXISTÊNCIA DE DISCIPLINA LEGAL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E A RESOLUÇÃO Nº 225 DE 31 DE MAIO DE 2016 DO CNJ

No Brasil, é possível vislumbrar, mesmo que timidamente, a partir dos primeiros anos da década de 2000 uma expansão de projetos de Justiça Restaurativa (CNJ, 2018). A fim de regulamentar tal movimento, foi apresentado, em 2006, o Projeto de Lei 7.006, prevendo o uso facultativo e complementar de procedimentos restaurativos no sistema de justiça criminal, tanto em caso de crimes quanto de contravenções penais. Nas palavras de Raquel Tiveron,

O projeto avança prever expressamente o princípio da disponibilidade da ação penal para tais casos, afirmando que 'poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo'. Ele ainda acrescenta ao art. 107 Código Penal uma causa extintiva da punibilidade do agente, qual seja, o cumprimento efetivo do acordo restaurativo pelo agente (2017, posição 7315).

Ocorre que em 2009 o projeto foi rejeitado pelo parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sob o argumento de que ele contraria a criminalização de condutas e agravamento de penas no país. Portanto, não há atualmente lei formal para disciplinar especificamente a aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil. Isto, contudo, não impede a ocorrência de experiências restaurativas, pois, como lembra Fabiana Kist,

observamos que no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, não há, em geral, objeções ao uso de práticas restaurativas, o que se evidencia com a existência de Resoluções, tanto do Conselho Nacional de Justiça como do Conselho Superior do Ministério Público, que estimulam o uso de práticas restaurativas para a solução de conflitos, inclusive oriundos de crime (2019, posição 1678).

Nesse sentido, em particular a Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016 do CNJ procura suprir a lacuna legal e uniformizar as práticas restaurativas existentes no país ao dispor sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário. Considerando que cabe ao Poder Judiciário o permanente aprimoramento de suas formas de resposta às demandas sociais relacionadas às questões de conflito e violência, sempre objetivando a busca pela paz social, a Resolução do CNJ contendo diretrizes para a implementação e difusão do restaurativismo tem como proposta a inclusão e responsabilidade social, propondo através do diálogo a transformação da experiência de violência numa experiência de vida.

No artigo 1º da Resolução nº 225/2016, encontramos uma tentativa de definição da Justiça Restaurativa, bem como o modo de enfrentamento dos conflitos na perspectiva do CNJ:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

Portanto, as práticas restaurativas devem buscar a resolução de conflitos e violência, através da escuta e do diálogo, levando em conta a participação do ofensor e da vítima, por meio de um conjunto de atividades que são realizadas com o auxílio de profissionais capacitados.

Sendo assim, na ausência de lei formal, as experiências restaurativas se restringem aos campos deixados em aberto pelo ordenamento jurídico. Todavia, é necessário pontuar que tal omissão legislativa prejudica o reconhecimento e aplicação da Justiça Restaurativa no meio jurídico porque, nas palavras de Daniel Achutti,

[.] um sistema restaurativo desvinculado e sem amparo legislativo não receberá o reconhecimento esperado por parte dos operadores jurídicos, justamente pela ausência de uma lei específica que o regulamente e pela falta de clareza sobre a forma como se relaciona com a justiça criminal (2014, posição 3013).

Ponderamos que o Direito Brasileiro, de fato, perde muito ao não disciplinar legalmente o restaurativismo porque mesmo que haja uma lacuna que possibilite a aplicação de medidas restaurativas na prática forense, conforme será exposto a seguir, a inexistência de uma legislação específica faz com que muitos operadores do Direito, bem como pessoas envolvidas em conflitos, não tenham acesso à Justiça Restaurativa.<sup>144</sup>

### ■ 3. OS CAMPOS ABERTOS À JUSTIÇA RESTAURATIVA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

A aplicação da Justiça Restaurativa no âmbito criminal encontra-se atualmente bastante limitada na prática forense. Isto porque na maioria dos crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, a ação penal é de iniciativa pública incondicionada. Significa dizer que, nestes casos, em razão dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação (LOPES JR, 2019), há uma verdadeira barreira à realização de práticas consensuais de resolução de conflitos entre o ofensor e a vítima, pois o Ministério Público é obrigado a denunciar e não poder dispor da ação. Diante deste quadro, transcrevemos desde logo a crítica de Aury Lopes Jr:

A ação penal de iniciativa pública está regida pelo princípio da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação anteriormente apontadas [..]. Pensamos que é preciso repensar a ‘obrigatoriedade’ e caminhar para a adoção dos princípios da oportunidade e conveniência. É uma questão de responsabilidade funcional: se o MP é o titular da ação penal pública, deve poder acusar ou não acusar, desde que existam motivos jurídicos que justifiquem o não exercício da ação penal. Também a ampliação dos espaços de consenso (e de justiça negociada) é uma tendência mundial e que precisa ser considerada, enquanto melhor forma de sistematizar e otimizar o funcionamento da justiça criminal (2019, p. 202-203).

Ou seja, a aplicação da Justiça Restaurativa na área criminal depende de um movimento de relativização dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade em prol dos princípios da oportunidade e da conveniência. Trata-se de uma tendência perceptível em alguns diplomas normativos, pois conforme pontuado por Aury Lopes Jr, a mitigação da indisponibilidade:

[.] inicia com a Lei n.9.099/95 e os institutos do JECrim, e se consagra com a Lei n. 12.850/13 e a negociação sobre a pena na delação premiada. Também no Projeto do CPP existe um amplo espaço negocial (crimes cuja pena máxima não supera 8 anos) que vai mitigar muito a concepção da indisponibilidade (2019, p. 204).

Sendo assim, existem campos específicos na legislação criminal que se abrem a iniciativas restaurativas. Salientamos que boa parte desses espaços está demarcada pela Lei 9.099/95, tendo em vista que o artigo 72 prevê expressamente a tentativa de conciliação entre as partes e a possível composição dos danos, nos seguintes termos:

<sup>144</sup> Apesar de defendermos a regulamentação legal da Justiça Restaurativa, salientamos que, diante de uma cultura retributiva enraizada, a mera regulamentação pelo poder Legislativo é insuficiente para a construção e consolidação da Justiça Restaurativa em nosso país. Ou seja, concordamos com Daniel Achutti no sentido de que “Para que a adoção da justiça restaurativa seja possível no sistema de justiça criminal brasileiro [..] muito mais do que uma reforma legislativa, toda uma cultura jurídica deverá ser repensada, de forma a não aplacar ou colonizar o potencial da justiça restaurativa e sua necessária distinção em relação ao sistema tradicional (2014, posição 2038).”



Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Pode-se extrair do dispositivo que, antes do oferecimento da denúncia, haverá um momento específico destinado à eventual composição entre o ofensor e a vítima. Além disso, o possível acordo homologado entre ambos acarreta a renúncia do direito de queixa ou de representação da vítima (conforme artigo 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95). Deste modo, em crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a dois anos (crimes de menor potencial ofensivo), a Lei 9.099/95 permite a aplicação da Justiça Restaurativa.

Acrescentamos que a abrangência da conciliação e da composição dos danos é ainda maior para crimes previstos no Estatuto do Idoso, tendo em vista que o seu artigo 94 permite a aplicação da Lei 9.099/95 também aos crimes cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos.

Além disso, impõe-se destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente igualmente dispõe de um campo aberto à adoção do modelo restaurativo para a solução de conflitos, tendo em vista que o seu artigo 126 prevê o instituto da remissão enquanto uma forma de perdão concedida pelo Ministério Público, que permite a dispensa da tramitação judicial para apuração do ato infracional praticado pelo adolescente – desde que se encontrem preenchidos todos os requisitos legais para a concessão do instituto.

Por todo exposto, apesar da existência de movimentos restaurativos no Brasil e de iniciativas pontuais de sua regulamentação, atualmente a legislação mostra-se bastante restrita às práticas restaurativas no interior do sistema de justiça criminal. Logo, a aplicação da Justiça Restaurativa encontra-se limitada no cotidiano criminal aos campos deixados em aberto pela Lei 9.099/95, pelo Estatuto do Idoso e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

## ■ CONCLUSÃO

Diante da crise do sistema de justiça criminal, o movimento da Justiça Restaurativa sustenta a necessidade de uma “nova lente” (ZEHR, 2008) para encarar o crime e os conflitos sociais, enfocando particularmente a restauração das situações conflituosas e a satisfação das necessidades das pessoas envolvidas no conflito, a saber, a vítima, o ofensor e a comunidade.

A presente pesquisa buscou investigar em que medida o modelo da Justiça Restaurativa encontra aplicabilidade no Brasil à luz do ordenamento jurídico. Para tanto, ressaltamos inicialmente que a Justiça Restaurativa não é um modelo teórico acabado. Ao contrário, é um paradigma em construção que busca redefinir o crime enquanto uma lesão a direitos e relacionamentos, bem como recolocar a vítima e o ofensor no centro do processo restaurativo dos conflitos.

Quanto ao arcabouço normativo relativo à Justiça Restaurativa no Brasil, constatamos uma imensa lacuna em termos de disciplina legal, pois diante da inexistência de lei formal que regulamente a matéria, as práticas restaurativas encontram-se regulamentadas essencialmente pela Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que busca uniformizar as iniciativas de Justiça Restaurativa em território nacional ao nível do Judiciário.

Por fim, em razão das limitações impostas nas ações penais de iniciativa pública incondicionada pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, verificamos a existência de campos bastante restritos de aplicação do restaurativismo. Ou seja, no Brasil eventuais projetos de concretização da Justiça Restaurativa ficam limitados no cotidiano do sistema de justiça criminal aos momentos de conciliação e composição dos danos, previstos na Lei 9.099 de 1995 e incorporados pelo Estatuto do Idoso, bem como de remissão aplicada ao adolescente infrator no contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente.



## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014 [mídia eletrônica].

\_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa e sistema penal: apontamentos para a construção de um novo modelo de justiça criminal no Brasil. Direito e Democracia**. Canoas. Vol. 11, n.1, p. 117-138, jan./jun. 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário**. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2018.

Disponível em: file:///D:/Downloads/PILOTANDO\_A\_JUSTICA\_RESTAURATIVA\_O\_PAPEL.pdf

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

CAMARGO, Juliana Lobo. **A Justiça Restaurativa entre a teoria e a vivência: uma análise criminológica crítica, abolicionista e minimalista de seus limites e potencialidades perante a crise do sistema penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, SC, 2017, 139p.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KIST, Fabiana. **O Valor Da Vontade da Vítima de Violência Conjugal para a Punição do Agressor: oficialidade, oportunidade e justiça restaurativa**. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PASTANA, Débora Regina. **Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo. Civitas, Porto Alegre, v. 13, n.1, p. 27-47, jan.-abr. 2013.**

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 6 ed. Curitiba: ICPC, 2014.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: DF: TRampolim, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# O ESTUPRO MASCULINO NO CÁRCERE E A PROLIFERAÇÃO DE DOENÇAS

Gabriela Crema Adriano<sup>145</sup>  
Stephani Leismann Cavaco<sup>146</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho se propõe a analisar o estupro masculino no cárcere, uma vez que muitos dos detentos que são colocados nesse tipo de regime, dificilmente tem um amparo do Estado. Tem como objetivos gerais (i) abordar sobre a dignidade sexual ofendida dos detentos masculinos; (ii) expor a respeito da proliferação de doenças sexualmente transmissíveis; (iii) descrever sobre a inoperância do Sistema Prisional acerca da saúde das vítimas do estupro carcerário. Com base nisto, este artigo vem manifestar a situação de forma crítica e racional, e que, sobretudo, respeite os direitos fundamentais dos detentos, entre eles – e principalmente – os da dignidade e integridade da pessoa humana, explícitos na constituição Brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estupro. Cárcere. Estupro Carcerário. Doenças Sexualmente Transmissíveis.

## ■ INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo tem por finalidade discutir sobre o atual cenário prisional masculino, em que, a cada dia, vários detentos enfrentam dificuldades nas redes carcerárias e raramente conseguem um amparo da administração prisional ou do Estado. Contudo, a partir desta situação emergem diversos problemas, como é o caso da ocorrência de estupros carcerários e os acontecimentos de doenças sexualmente transmissíveis, que, se não cuidadas devidamente, podem levar os encarcerados à óbito.

A importância desse artigo é evidenciar um problema noticiado, e que, infelizmente, a sociedade geral demonstra um sentimento de indiferença e descaso contra os apenados. Como são rejeitados perante o povo, a grande maioria dos presidiários reprime os abusos e os toma como vergonha, tendo assim, poucas evidências do que realmente acontece dentro de uma penitenciária.

Sendo assim, o artigo tenta demonstrar que os estupros e as doenças adquiridas pelos detentos tornam-se uma extensão da própria punição dentro do cárcere.

## ■ 1. O CÁRCERE – A PUNIÇÃO DO CORPO

Na idade média existia a aplicação de sanções corporais e uma forma primitiva de prisões, com o objetivo de expiar e controlar o povo pelo medo. As igrejas tomavam o papel do que seria o estado atualmente, julgava sob um olhar maniqueísta, demonizando aqueles que cometiam o crime, pois aquele que desobedecia a lei, desobedecia a Deus.

Na realidade, a lei penal dos tempos medievais tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo. Não importa a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficam encarcerados.

<sup>145</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: gabscrema1999@gmail.com.

<sup>146</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.

Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, espremidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou calabouços de palácios e fortalezas o suplício da morte (BITENCOURT, 2015).

A Igreja quer associar ao momento material da indenização o motivo ideológico da expiação e, portanto, fazer do direito penal, baseado sobre o princípio de vingança privada, um meio eficaz de manutenção da disciplina pública, isto é, da dominação de classe (PASUKANIS, 1989, p.149).

Contudo, foi apenas com a chegada do sistema industrial, para Foucault, em Vigiar e Punir, que a detecção surgiria com o fim corretivo. Mas mesmo assim esse, sobre a fachada de um método mais suave, o cárcere ainda sim seria uma forma de ferir o corpo do aprisionado.

Mas podemos sem dúvida ressaltar esse tema geral de que, em nossa sociedade, os sistemas punitivos devem ser recolocados em uma cerca “economia política” do campo: ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizam métodos “suaves” de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata (FOUCAULT, p. 29).

Sendo assim mesmo com passar dos anos construindo um novo discurso de “ressocialização” do condenado e surgimento de novos modelos de encarceramento dos presos, sua essência é de castigar o homem, e dessa forma seu corpo continua. Por essa razão o comportamento quase condescendente da justiça para com os presos que tem sua dignidade sexual afrontada não surpreende.

(.) o estupro é uma violência que ocorre constantemente dentro do presídio. O estupro contra homossexuais é tido como normal por muitos funcionários daquela casa de detenção. O estupro contra os detentos que foram presos por estupro ou atentado violento ao pudor é considerado dentro dos padrões de normalidade. Todos sabem que eles serão violentados da pior forma pelos internos. <sup>6</sup> (LOPES MACHADO, p. 165)

## ■ 2. ESTUPRO CARCERÁRIO

O estupro masculino está à beira do sistema jurídico há muito tempo. Por ora, tornou-se previsto pelo Código Penal Brasileiro somente em 2009. Infelizmente, este não teve êxito em proporcionar um reconhecimento significativo dos casos e dos criminosos.

Dessa forma, mantém o descaso da sociedade; a ignorância das vítimas, visando ocultar o crime devido ao medo ou a vergonha; a sustentação de tabus referentes à sexualidade; o despreparo e incapacidade de agentes penitenciários, policiais, promotores, juízes e demais autoridades envolvidas, e, inúmeras outras características que colaboram para falta de reconhecimento dos casos.

É demonstrado conforme a reportagem da Mídia Max, (MELO e RODRIGUES, 2018) que a questão da violação da dignidade sexual do encarcerado e da construção da sua sexualidade é tão enraizada que ele prefere a morte do que sofrer o abuso.

Preso desde novembro de 2016 acusado por homicídio, Luiz Alves Martins Filho, o “Nando”, disse ter sido estuprado por 18 presidiários e afirmou que prefere morrer do que ficar na cadeia, já que o lugar seria um inferno. A declaração foi dada durante o seu depoimento em 29-06-2018.

Ainda em casos concretos, demonstra-se que em relação aos encarcerados homoafetivos e travestis, o tratamento e situações de estupro são mais graves. Uma das inspirações para o surgimento da “ala gay” em Minas Gerais foi o depoimento da travesti Vitória Rios Fortes, em 2009:

“Eu era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos.”

Carlos Magno, presidente da ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos) também discorre a respeito do tratamento dos encarcerados:

Na verdade, é uma medida paliativa frente a uma situação de vulnerabilidade da população em privação de liberdade no Brasil. Se a dignidade humana estivesse sendo respeitada nos presídios, não seria necessário ter ala específica para LGBT. Continua existindo abuso de heterossexuais com heterossexuais nas cadeias. Com os homossexuais, a vulnerabilidade é maior. Não há só uma relação de poder estabelecida, mas também de preconceito que leva à violência física. É aquela coisa do ‘vamos abusar de você para você aprender a virar homem’. É um absurdo” (MAGNO, 2014).

Assim como o feminino, o estupro masculino acontece em todos os lugares, porém, é no cárcere onde assume uma maneira atípica e habitual. Tendo em mente que o sistema carcerário almeja reabilitar o detento para a vida social, o estupro carcerário pode ser prejudicial para a reabilitação do encarcerado.

Quanto à função do sistema penitenciário, a Lei de Execução Penal (Lei nº7.210/1984) prescreve, em seu primeiro artigo, que: art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. A própria Constituição Federal de 1988 dá aos encarcerados as mesmas garantias e discorre à cerca das condições do cárcere:

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: [...] XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Infelizmente, diferente do objetivo proposto e prescrito em Lei, os direitos dos apenados são negligenciados e muitas vezes impugnados.

As prisões podem ser lugares brutalizantes que invocam o pior da natureza humana. Elas produzem mais violência e crime do que fomentam reabilitação construtiva. A reincidência mínima de 60% indica que as prisões estão mais para portas giratórias para aqueles que são sentenciados por delitos criminosos. (ZIMBARDO, p. 293).

Assim, fica demonstrado que ocorrem inúmeros estupros dentro do cárcere. E infelizmente, mostra-se também que a situação para apenados homoafetivos e travestis é mais rigorosa.

Portanto, é de extrema importância que os encarcerados tenham seus direitos garantidos e respeitados.

### ■ 3. CONSEQUÊNCIAS DO ESTUPRO NO CÁRCERE E A SAÚDE DOS DETENTOS

O estupro masculino que ocorre dentro dos ambientes de restrição de liberdade, podem trazer conseqüentes muitas vezes permanentes para a saúde das vítimas. Muitos dos condenados que sofrem tal violação contraem doenças sexualmente transmissíveis, tais como HIV, sífilis, hepatite e outras doenças devida à influência do abuso. Por exemplo o caso do ex-presidiário Heberon Lima (ALBUQUERQUE, 2014) que contraiu AIDS por meio da violação sexual:

Preso em 2003 suspeito de estuprar uma menina de nove anos, ele ficou três anos atrás das

grades até que teve a inocência provada. Isolado em uma cela destinada aos homens que cometeram crimes sexuais, ele foi estuprado pelos companheiros de cela e contraiu Aids, o que fez com que a liberdade chegasse de forma tardia para ele.

Outra situação semelhante aconteceu com a travesti Vitória Rios Fortes (KIEFER, 2014)<sup>13</sup> onde sofreu vários abusos e contraiu Hepatite e sífilis: Fiquei calada até o dia em que não aguentei mais. Cheguei a sofrer 21 estupros em um dia. Peguei hepatite e sífilis. Achei que iria morrer.

Ainda para agravar a situação graças ao descaso da justiça com os encarcerados, muitas vezes a doença pode agravar pelo estado deplorável do ambiente em que se encontra.

Isso fica demonstrado na recente reportagem (ESTADO, 2019) na qual o estado foi condenado a indenizar preso com HIV que ficou com cérebro 1 cm menor:

Ele alegou que foi mantido em ‘condições desumanas’, convivendo com ‘com ratos gigantes’ e dividindo celas superlotadas com pessoas sem problemas de saúde. O Estado alegou que a sua responsabilização é subjetiva, e que não ficou provada a prova do elemento de culpa. Além disso, afirmou que não houve nexos causal ‘entre as doenças alegadamente contraídas e o fato de o autor encontrarse recluso no cárcere’.

Contudo essa é uma das poucas exceções nas quais o estado é responsabilizado pela péssima condição que oferece a aqueles que tem sua liberdade retirada.

Conforme a reportagem de (COSTA e BIANCHI, 2017) doenças tratáveis matam mais que violência nas prisões brasileiras:

Nas prisões brasileiras, a morte chega mais rápido por meio de uma tosse do que de um estilete. Em um ambiente caracterizado pela superlotação e estrutura precária de higiene, onde faltam médicos e outros profissionais de saúde, o “massacre silencioso” é comandado não por facções, mas por doenças tratáveis a exemplo de Aids, tuberculose, hanseníase e até mesmo por infecções de pele.

Ainda a reportagem continua e demonstra que o índice de chances de pessoas privadas de liberdade contrair uma doença sexualmente transmissível é 28 vezes maior que a de um cidadão comum: “pessoas privadas de liberdade têm, em média, chance 28 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose. A taxa de prevalência de HIV/Aids entre a população prisional era de 1,3% em 2014, enquanto entre a população em geral era de 0,4%”.

Desta forma, fica claro como os encarcerados que sofrem violações correm grandes riscos de adquirir doenças devidas ao estupro. E ademais, o descaso do Estado pode fazer com que a situação da saúde dos apenados piore.

## ■ CONCLUSÃO

Por meio desta pesquisa, pode-se demonstrar a gravidade do descaso com a punibilidade do estupro carcerário.

É dever do Estado proporcionar aos encarcerados seus direitos, especialmente, abrigar a dignidade da pessoa humana.

O art. 5º da Constituição Federal que determina a igualdade de todos perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, aponta também os Direitos do presidiário por meio dos seus incisos: “XVLIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

Os presídios tem como uma das suas principais funções reeducar o condenado para o convívio social e conservar a sua segurança dentro da atmosfera prisional.

Contudo, o sistema carcerário brasileiro não satisfaz os objetivos aos quais se proporciona.

O estupro nos cárceres é uma realidade extremamente traumática para as vítimas, que, por muitos, é considerada uma prática normal no interior dos presídios. Esses atos cruéis de violência e estupro acontecem contra presidiários homossexuais, pelo fato de serem considerados pessoas mais afeminadas; ocorre com aprisionados que provocam e instigam organizações criminosas no cárcere; e também, advém principalmente com pessoas condenadas pelo mesmo crime, na qual os encarcerados utilizam seu sistema de Lei de Talião.

Raramente há manifestos da administração dos cárceres para reprimi-los, pois a maior parte dos casos são ignorados e silenciados, às vezes pela própria vítima de estupro, que se sente constrangida pelo ato hediondo, e por receber ameaças e chantagens dos estupradores.

Esses transtornos prejudicarão o presidiário e a ideia de reeducação e ressocialização será inválida, uma vez que o indivíduo estará traumatizado e terá problemas para manter relações sociais fora do presídio. Vale ressaltar que os estupros carcerários causam diversas doenças às vítimas, além de outras enfermidades adquiridas por estarem neste ambiente.

O que os fatos nos mostram é que o sistema carcerário não proporciona recursos para a maioria dos casos. As doenças mais comuns passíveis de contágio por meio do estupro são a AIDS, sífilis, HPV, herpes e gonorreia. Se não devidamente tratadas, podem trazer resultados graves para o indivíduo, incluindo a morte. A transmissão de doenças sexualmente transmissíveis acaba gerando danos à integridade física e moral, traumas psicológicos, confusão e desumanização dentro do ambiente penitenciário.

É necessário salientar que os direitos expressos na Constituição Federal são para todos os cidadãos brasileiros, e um encarcerado não perde estas condições. O estupro no cárcere é crime, não uma punição. Ainda que ocorra dentro do presídio, os agentes do crime hediondo devem responder pelos seus atos e serem punidos.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Sylvia. **Homem preso injustamente luta por indenização após contrair HIV em estupro no presídio**. 2014. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/cidades/homem-presoinjustamente-luta-por-indenizacao-aposcontrair-hiv-em-estupro-no-presidio-10012014>> Acessado em 08-11-2019

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21 ed.; São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal 1988**. ed. Brasília, Senado Federal, 2016.

COSTA, Flavio; BIANCHI, Paula. **“Massacre silencioso”: doenças tratáveis matam mais que violência nas prisões brasileiras**. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/14/massacre-silenciosomortes-por-doencas-trataveis-superam-mortes-violentas-nas-prisoas-brasileiras.htm>> Acessado em 08-11-2019

ESTADO, Agência. **SC vai indenizar preso com HIV que ficou com cérebro 1 cm menor. 2019**. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/cidades/sc-vai-indenizar-presocom-hiv-que-ficou-com-cerebro-1-cm-menor-27102019>> Acessado em 08-11-2019

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Petropolis, RJ: Vozes, 2014.

KIEFER, Sandra. **Homossexuais contam abusos que sofriram em prisões sem separação**. 2014. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna\\_gerais,593189/umaquestao-de-respeito.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/umaquestao-de-respeito.shtml)> Acessado em 08-11-2019

LOPES MACHADO, Tadeu. **Violência no cárcere: análise sobre os estupros no IAPEN/AP**. 2013. Dissertação



de Professor Auxiliar I da UNIFAP, Campus Binacional, Brasil. Disponível em: <<https://periodicos.unifap.br/index.php/pracs/article/view/887/tadeuv7n2.pdf>> Acessado em 27-10-2019

MAGNO, Carlos. **Vulnerabilidade Permanece**. 2014

MELO, Thatiana; RODRIGUES, Mariana. **Nando diz ter sido estuprado por 18 presos e afirma que prefere morrer a ficar na cadeia**. 2018. Disponível em: <<https://www.midiamax.com.br/policia/2018/nando-diz-ter-sido-estuprado-por-18presos-e-afirma-preferir-morrer-a-cadeia>> Acessado em 08-11-2019

MESTIERI, João. **Do Delito de Estupro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989

ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer: como pessoas boas se tornam más**. Trad. Tiago N. Lima. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 293

## DIREITO E LITERATURA: UMA NECESSÁRIA VISÃO JURÍDICA INTERDISCIPLINAR A PARTIR DE FRANZ KAFKA

Matheus Cristhian Kunze<sup>147</sup>

**RESUMO:** O presente estudo trata da relação entre o Direito e Literatura, e, de modo geral, objetiva provocar o interesse pela conjunção das referidas disciplinas, a fim de tornar o estudo do Direito mais prazeroso. Ainda, busca-se identificar a importância dos estudos jusliterários durante a graduação em direito. Outrossim, caracterizar seus benefícios para a vida profissional do operador do direito, e, por fim, incentivar os alunos do curso de direito a se dedicarem a esse tipo de pesquisa. No que concerne à metodologia, trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, vez que se propõe à análise de conteúdo contido em livros, e, ainda, estudo de um caso, pois no último tópico foi feito um diálogo entre a obra de Kafka intitulada “O processo” com o caso do ex-reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, preso em razão da operação ouvidos moucos da Polícia Federal. Portanto, é uma pesquisa do tipo bibliográfica, onde serão analisadas as referências a respeito do assunto em livros e artigos publicados na internet. O método de abordagem do tema é o dedutivo, pois são analisadas características do Direito e Literatura de um modo geral, e emitidas opiniões que podem ser consideradas racionais, pois fundamentadas em uma argumentação consistente, para, posteriormente, demonstrar sua importância na realidade de cada operador do direito.

**Palavras-chave:** Interdisciplinaridade. Senso Crítico. Kafka.

### ■ INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo diz respeito à relação entre o Direito e a Literatura, e a importância de uma visão interdisciplinar, visando aprimorar o senso crítico dos estudantes do Direito. Assim sendo, no decorrer de cada tópico a análise sobre a necessidade da conjunção destes dois ramos do conhecimento será o principal foco.

A não concessão de importância por parte do Ministério da Educação proporcionou a escolha do tema, vez que não há qualquer obrigação, por parte das universidades brasileiras que oferecem o curso de Ciências Jurídicas de introduzirem a disciplina, mesmo optativa, que objetiva tratar sobre o diálogo entre o Direito e a Literatura. Portanto, reconhecendo desde já a necessidade deste estudo, objetiva-se contribuir para com a disseminação do conhecimento, propondo, assim, ideias razoáveis para o aprimoramento e desenvolvimento do senso crítico jurídico brasileiro.

No que concerne às razões de ordem social, inegável é a indispensabilidade do presente estudo, pois tratará acerca da imprescindível visão humanística por parte de todos os operadores do direito. Desta forma, procurar-se-á verificar se a dedicação aos estudos literários pode contribuir com o aperfeiçoamento do senso crítico jurídico.

Ainda, no tocante às razões de ordem cultural, questões de cunho pragmático serão problematizadas, especialmente àquelas relacionadas à formação dos operadores do direito, bem como, métodos de estudo e seu impacto na sociedade brasileira.

Por fim, a partir do escritor Franz Kafka, buscar-se-á delimitar o impacto que seus escritos

147 Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE

são capazes de gerar no leitor, estudante e operador do direito, assim, tentando demonstrar que o diálogo entre um livro de literatura e a doutrina jurídica pode contribuir para o desenvolvimento do ensino nos cursos de graduação em Direito. Outrossim, oportuno ressaltar que a confusão entre realidade e ficção, aspecto marcante das obras de Kafka, deverá ser tratada em tópico específico, vez que possui fiel influência para a correta interpretação da problemática.

## 1. O DIREITO E A LITERATURA

A fim de melhor contextualizar a presente discussão, importa destacar que os estudos e pesquisas sobre o Direito e a Literatura no Brasil ainda são muito recentes, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, pois desde o início do século XX, há a fusão entre essas duas disciplinas. Com o passar do tempo, tornou-se disciplina única e obrigatória, ou seja, integrante da grade curricular de grande parte das faculdades de direito norte-americanas (TRINDADE; BERNST. 2017).

No Brasil, no entanto, os estudos jusliterários se tornam bastante conhecidos a partir do ano de 2008, com a criação do programa Direito e Literatura da TV Justiça, apresentado por Lenio Luiz Streck.

O programa consiste na discussão entre professores acerca de determinada obra literária e sua relevância para a Ciência Jurídica e, por conseguinte, à sociedade.

Tanto o Direito quanto a Literatura estão presentes na vida cotidiana de todas as pessoas. Isso porque, diversos atos dos seres humanos são regulados pelo Direito, como por exemplo, a disposição do próprio corpo para fins de transplante, conforme artigo 13, parágrafo único do Código Civil Brasileiro. No tocante ao impacto que a literatura proporciona, pode-se mencionar que ela tangencia todas as áreas do conhecimento. Conforme o professor:

Se por não sei que excesso de socialismo ou de barbárie, todas as nossas disciplinas devessem ser expulsas do ensino, exceto numa, é a disciplina literária que devia ser salva, pois todas as ciências estão presentes no monumento literário (BARTHES, 1979, p. 18-19).

Apesar da relevância destas duas disciplinas, Gargari (2008, p.150-151), entende que a ideia de que a literatura é capaz de formar melhores cidadãos apenas alimenta a esperança desmedida. Assim, para ele, é impossível que um indivíduo consiga reparar seus desvios de personalidade através da Literatura, tornando-se um cidadão melhor.

Todavia, o presente estudo tentará demonstrar que é possível a formação de estudantes do direito mais conscientes acerca de suas funções e papéis na sociedade brasileira. Ou seja, plenamente viável o desenvolvimento dos estudos jusliterários, a fim de sensibilizar, conscientizar e, por conseguinte, reforçar o senso crítico em todos os estudantes do direito.

O que contribui ainda mais para que haja curiosidade sobre qualquer tema é a leitura de obras elaboradas a partir de grande esforço. Dentre elas, pode-se citar o magnífico trabalho de diversos professores que, a partir da obra intitulada Direito e Literatura: Da Realidade da Ficção, À Ficção Da Realidade, conseguiram demonstrar a importância do estudo jurídico interdisciplinar a partir da literatura.

Em absolutamente todos os capítulos do livro, são traçadas observações de clássicas obras literárias. Em seguida, o autor de cada capítulo objetiva aclarar pontos específicos da obra que trazem lições relevantes para o estudo jurídico.

Nas palavras dos próprios organizadores do livro:

Em suma, o conjunto de textos que, aqui, trazemos a público – considerando a diversidade de obras literárias examinadas e de abordagens oferecidas – faz lembrar as palavras de Simon Blackburn, um dos grandes filósofos da contemporaneidade, quando ele afirma que aprendeu filosofia lendo livros de literatura. O direito também pode ser contado a partir da

literatura. Assim, estaríamos não só humanizando o direito como também mostrando que ele não precisa desempenhar sempre o papel de vilão da história (TRINDADE; STRECK. 2013. p.6)

A partir da leitura da referida obra, constatar-se-á nitidamente a tomada de posição de todos os autores dos capítulos da obra e, sem dúvida, chegar-se-á à conclusão de que a relação entre a literatura e o direito se faz necessária.

## ■ 2. UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR

Na obra da professora Mara Regina, há nitidamente enfoque na importância do estudo interdisciplinar do direito. Neste estudo que possui como título *Shakespeare e o Direito*, a autora afirma que não é possível desenvolver uma hermenêutica dogmática prática sem que haja uma visão do conhecimento de toda a complexidade que cerca o fenômeno jurídico. Nas suas palavras:

Atualmente, formas de raciocínio zetético interdisciplinares compõem todas as ciências (humanas, exatas e biológicas) e o próprio raciocínio filosófico, que, desde a Antiguidade greco-romana, vem constituindo um pensamento especulativo questionador do senso comum imposto, sem compromissos diretos com a ação. O estudo da relação estética entre arte e teoria do Direito figura em posição de destaque nesta empreitada interdisciplinar. Como podemos defini-la com mais rigor? (OLIVEIRA, 2015, WEB).

Portanto, para a referida autora, o estudo interdisciplinar serve de instrumento para o desenvolvimento do raciocínio jurídico crítico, porém, fundamentado de modo racional.

Ainda, pode-se dizer que o estudo interdisciplinar pode, inegavelmente, contribuir para que cada indivíduo possua um melhor desempenho no seu dia-a-dia em qualquer profissão, pois, ao se deparar com situações que não digam respeito necessariamente à sua área de formação, poderá, em virtude do conhecimento interdisciplinar, encontrar soluções para tais problemas.

## ■ 3. DIREITO E LITERATURA COMO FENÔMENOS SOCIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

No que concerne à literatura, pode-se dizer que possui a mesma origem do direito, vez que se trata de um fenômeno social. Assim, a partir de pesquisas, uma afirmação categórica e de fundamental importância para a conceituação da literatura se origina, qual seja, a literatura é um fenômeno social e, por tal forma, pertence à sociologia (MEIRA, 1974, p. 22).

Portanto, sendo a literatura uma ciência e arte, há relação com outros ramos do saber humano, mais precisamente com o Direito, Economia e política.

Nas lições de Alexandre Sanches Cunha, pode-se extrair o entendimento que corrobora com a afirmação de que o direito é um fenômeno social, vez que:

Estudar Direito, no mundo atual, resume-se, basicamente, num estudo livresco. A Ciência do Direito não requer aparelhagem especial ou laboratórios, pois é um ramo bem definido das humanidades. Assim, chegamos a um primeiro conceito: a Ciência do Direito revela-se numa ciência social. (CUNHA, 2012, p. 17).

Desta forma, conclui-se que por ser também a literatura uma Ciência social, se faz importante o diálogo entre os dois ramos do conhecimento para que, os dois, simultaneamente, sejam desenvolvidos de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade brasileira. Ora, portanto, totalmente inconcebível que tais ciências permaneçam divorciadas da realidade social em qualquer momento da história humana.

Godoy (2002. p. 158) sustenta que a Literatura pode fornecer tanto informações quanto subsídios para que o meio social, onde o Direito se desenvolve, seja compreendido pois “ao exprimir uma visão de mundo, a Literatura traduz o que a sociedade e seu tempo pensam sobre o Direito”. O que este autor procura demonstrar “é a relação entre Direito e Literatura, a propósito de como essa focaliza aquele, até no esforço de melhor entendê-lo”. Godoy acredita ser possível conhecer o Direito a partir da Arte, “embora sob um âmbito evidentemente não normativo”, na medida em que a Literatura possibilita um enfoque de época e instituições, “captando o jurídico, como produto cultural.

Tanto o estudo da literatura, quanto do direito, está em contínua mutação, em virtude do ser humano que, enquanto animal político, conforme dizer de Aristóteles, se aperfeiçoa para que a vida em sociedade se torne melhor, podendo ser citado como exemplo, o desenvolvimento exacerbado da tecnologia que proporciona maior facilidade, comodidade prazer e tantas outras coisas mais a todos. Assim, cabe ressaltar que as perspectivas acerca de determinado fato social podem ser alteradas com o passar do tempo, tal qual a previsão legal contida nos artigos 1.572 e 1.578 do Código Civil, que trata da culpa do cônjuge pela separação, o que se mostra, atualmente, inconcebível. Hoje, portanto, os casais estão livres para romper o vínculo conjugal a qualquer momento. Não precisam mais ficar presos, desgastando-se com prazos sem finalidade.

A professora Meira, ainda escreve em sua obra acerca da influência da literatura sobre outras ciências. Para ela:

A influência da Literatura sobre outras ciências é evidente, mas nem por isso está fora também da influência das outras ciências. Há uma correlação constante entre todas elas, uma infiltração sutil e poderosa, que as prende, que as nivela, num sistema intrincado de relações mútuas (MEIRA, 1974, p. 22).

A partir de tal afirmação, denota-se que a literatura possui o condão de permear por todas as ciências, contribuindo, assim, para uma melhor contextualização de questões predominantemente técnicas, de forma simples e acessível a todos.

O direito, por mais que não seja uma Ciência exata, e, sim, social, e, por conseguinte, humana, é dotado de lógica, pois para que uma lei entre em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, o devido processo legislativo deve ser respeitado, conforme artigos 59 a 69 da Constituição Federal de 1988. Ainda, cabe mencionar que a lei a ser criada não pode afrontar a Constituição Federal no sentido formal e material. Portanto, a partir de tal constatação, pode-se dizer que há uma coerência no ordenamento jurídico quando existem requisitos a serem preenchidos para a formulação de leis. Outrossim, no Brasil, há toda uma previsão legal acerca de como a lei será aplicada, não podendo serem esquecidos os métodos interpretativos, dentre eles, gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

Por isso, a tecnicização do estudo e aplicação do direito é inarredável, pois trata-se de um fenômeno social complexo, e que exige esforço para quem quiser lidar com ele. Portanto, a Literatura deve ser enxergada como uma verdadeira alternativa para melhor compreensão do próprio Direito. Através de uma linguagem acessível e, por fim, a partir de uma contextualização de situações que, aparentemente, estão restringidas aos operadores do direito, ela, a Literatura, é capaz de fazer com que qualquer um que não seja profundo conhecedor das Ciências Jurídicas consiga ter uma pálida ideia acerca do assunto tratado. A partir disso, pode-se afirmar que a Literatura pode servir como um verdadeiro instrumento a serviço do cumprimento da vontade do Constituinte brasileiro de 1988, qual seja, que todos tenham completo acesso à Justiça, conforme artigo 5º, XXV. Isso porque, o acesso à Justiça não diz respeito somente à possibilidade do ajuizamento de ação. Assim, é plenamente possível afirmar que a vontade do Constituinte se refere, outrossim, à possibilidade de qualquer cidadão possuir plenos conhecimentos acerca dos seus direitos garantidos pelo Estado, e a Literatura, felizmente, pode proporcionar isso.

#### ■ 4. A LITERATURA E O SENSO CRÍTICO DOS ESTUDANTES DO DIREITO. DA FICÇÃO À REALIDADE

Se a Literatura possui o condão de aproximar aqueles que não são profundos conhecedores das mais variadas discussões técnico-jurídicas, por que não afirmar que a Literatura proporciona também o desenvolvimento do senso crítico nos estudantes do Direito?

Como já mencionado alhures, o presente estudo se propõe a relacionar a literatura e direito. Assim, escolheu-se a análise, ainda que superficial, da obra intitulada “O Processo” de Franz Kafka de 1982.

Franz Kafka foi um escritor de língua alemã, autor de romances e contos, considerado pelos críticos como um dos escritores mais influentes do século XX. A maior parte de sua obra, como “A Metamorfose”, “O Processo” e “O Castelo”, está repleta de temas e arquétipos de alienação e brutalidade física e psicológica, conflito entre pais e filhos, personagens com missões aterrorizantes, labirintos burocráticos e transformações místicas (WIKIPÉDIA, WEB, acesso em: 03 de mar.2019).

Na obra “O processo”, Kafka objetiva fazer com que o leitor, a partir de uma ficção, crie uma certa empatia para com o protagonista chamado Josef K, que em uma certa manhã, é surpreendido por policiais na porta de sua casa.

Em seguida, é informado de que há um processo movido contra ele, porém, ninguém sabe informá-lo com precisão acerca do porquê deste processo. Assim, no decorrer dos capítulos, a estória baseia-se na busca de Josef K por respostas e conselhos sobre como se portar a partir de uma possível e futura prisão.

Cada capítulo contém trechos intrigantes que elevam a curiosidade sobre a conduta dolosa ou culposa imputada à Josef K.

Em uma parte do livro, o advogado tenta mostrar à Josef o quão difícil é a tarefa de um advogado. Em suas palavras:

Sim – admitiu o advogado – são certamente difíceis. Não acredito que tenha entendido nada deles. Dei-lhos unicamente para que pudesse ao menos pressentir quão dura é a luta que sustento pela sua defesa (KAFKA; tradução de GUIMARÃES. 1982, p. 174).

A partir disso, já se constata que Kafka tinha total consciência de que, em razão da ausência de dedicação durante uma vida inteira de estudo das leis, a dificuldade para entender o processo seria inerente à Josef K, pois funcionário de um banco, ou seja, não possuía contato direto com o direito.

Ainda, há outro trecho que merece ser destacado, no qual Josef K, pede conselhos a um pintor que possuía experiência no que diz respeito à vivência com juízes.

Trata-se de um trecho do livro em que um pintor explica à Josef K acerca de algumas estratégias a serem utilizadas no decorrer de um processo judicial. Assim, se não forem seguidas, muito provavelmente o acusado será condenado. A dilação indefinida de um processo não traz paz, conforme explicação do pintor, porém, impede a condenação do acusado.

Será que esta estratégia ainda é utilizada por advogados no Brasil quando da defesa de seus clientes? Portanto, percebe-se que as constatações de Kafka acerca de um processo são as mesmas que existem atualmente, pois até o ano 2016 no Brasil, existia um senso comum na sociedade brasileira de que pessoas com grande poder aquisitivo não seriam presas, pois poderiam recorrer de decisões judiciais em liberdade até não poderem mais ser presas em virtude da prescrição. E faziam isso com base no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que prevê a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Porém, em 2016, com julgamento do Supremo Tribunal Federal do HC 126.292, que discutia a legitimidade de ato do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao negar provimento ao recurso



exclusivo da defesa, determinou o início da execução da pena. Por maioria, 7 votos a 4, o plenário mudou jurisprudência da Corte, afirmando que é, sim, possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância. Não convém adentrar no mérito da questão, vez que o presente estudo não conseguiria tratar com profundidade acerca do tema que, diga-se de passagem, é polêmico.

No capítulo VII, há a emissão de opinião de Josef K, e por que não dizer de Franz Kafka, acerca da função da Justiça, ainda que de forma simbólica. Neste trecho, o pintor foi encarregado de retratar a Deusa da Justiça juntamente com a Deusa da Vitória, em uma só imagem.

Sim – disse o pintor – encarregaram-me de pintá-la assim. Para dizer a verdade, trata-se da Justiça e da deusa da vitória em uma só imagem - o que não forma nenhuma boa combinação - observou K sorrindo. – A justiça tem de estar quieta porque do contrário, a balança vacila, com o que se torna impossível um juízo exato (KAFKA; tradução de GUIMARÃES. 1982, p. 221).

Aparentemente, o tom é de discordância, vez que Josef não concorda com a imagem. Talvez, por se sentir injustiçado, pois não consegue descobrir o porquê de estar sendo processado.

Em resumo, é possível concluir que Kafka tinha plena consciência de que é preciso existir imparcialidade por parte de qualquer julgador. A ideia permanece atual, pois no artigo 95 da Constituição Federal do Brasil, estão previstas garantias que objetivam a imparcialidade de todos os juízes. Outrossim, há expressa previsão de que não haverá juízo ou tribunal de exceção, conforme artigo 5º, inciso XXXVII também da Constituição Federal do Brasil de 1988.

A obra de Kafka é impactante, assim como muitas outras, pois trata de temas importantes como as injustiças em razão da falta do exercício do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Assim, a partir da ficção, pode-se fazer uma ligação direta com a realidade.

A obra possui o condão de fazer com que qualquer leitor possa ter uma ideia mais factível acerca do sentido da existência do artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, que dispõe acerca da necessária existência do devido processo legal, assegurado o contraditório e a ampla defesa nos processos judicial e administrativos

Feitas tais considerações à obra de Franz Kafka, convém mencionar que a Operação Ouvidos Moucos da Policial Federal, que resultou na prisão do ex-reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, Luiz Carlos Cancelier de Olivo, possui o mesmo fim trágico existente na ficção de Kafka. Isso porque, tanto Josef K, quanto Luiz Carlos Cancelier de Olivo morrem.

O Brasil, a partir do ano de 2011, foi palco de operações policiais que desencadearam no desmantelamento de verdadeiras organizações criminosas. O escândalo do mensalão, bem como a operação lava-jato demonstraram que é possível ser preso em virtude de cometimento dos chamados crimes do colarinho branco.

O mais interessante é que a sociedade ficou satisfeita com o sucesso das investigações, apreensões e prisões realizadas no decorrer da operação lava-jato, bem como, julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal que envolveu o chamado escândalo do mensalão. Ora, não poderia ser diferente, vez que o sentimento de justiça se refere, via de consequência, à tomada de posição favorável à punição de pessoas que efetivamente cometeram crimes.

Em síntese, cabe destacar uma consequência positiva e outra negativa acerca destes fatos ocorridos no Brasil.

Positiva, pois, aparentemente, pessoas que cometeram os crimes de difícil apuração, tais como o de corrupção e lavagem de dinheiro, foram punidas.

Negativa, tendo em vista que tornou possível a generalização da ideia de que políticos, empresários, ou seja, pessoas influentes na sociedade brasileira, não podem ser merecedoras de qualquer confiança. Isso porque, frases como “todo político é igual” passaram a ser comuns de serem ouvidas em qualquer ambiente. Portanto, partindo da frase tão conhecida de Alexandre Dumas, *toda generalização é perigosa, inclusive essa* (O EXPLORADOR, WEB), conclui-se que

por ser um pensamento que se generalizou, e atualmente, é entendido por muitos como verdade absoluta, inegavelmente trata-se de uma consequência negativa.

Assim como o processo do mensalão em 2011 e lava-jato em 2014, a operação Ouvidos Mucos se tornou bastante conhecida, pois a Polícia Federal investiga suposto desvio de verbas em cursos de educação a distância (EaD) na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Embora um inquérito de 817 páginas da Polícia Federal tenha indiciado 23 pessoas em abril de 2017, nenhuma delas é considerada formalmente acusada pelos supostos crimes. Um ano após a deflagração da operação, **NÃO HÁ DENÚNCIA CONTRA NENHUM DOS ENVOLVIDOS**.

Porém, prisões foram decretadas, dentre elas, de Luiz Carlos Cancelier de Olivo, que após dois dias preso, foi solto, contudo, proibido de permanecer na Universidade Federal de Santa Catarina por mais de 2 horas, local em que esteve durante grande parte de sua vida.

O busílis é que, neste caso, especificamente, a prisão não foi o último recurso adotado pela Policial Federal, Ministério Público Federal e Justiça Federal, o que contraria o exposto no artigo 5º, Caput da Constituição Federal de 1988. Pelo contrário, foi o primeiro, ou seja, prendeu-se para, mais tarde, dar continuidade às investigações.

Ainda, cabe destacar que a decisão que determinou a prisão de algumas pessoas, foi demasiadamente genérica, vez que não demonstrou com clareza o porquê da necessidade de se realizar a prisão. Conforme pode ser visualizado quando da leitura da decisão, concluir-se-á que a prisão do reitor teve como único fundamento o depoimento de pessoas, o que se mostra incompatível com o devido processo legal. Assim, a magistrada argumentou que a prisão temporária dos investigados era medida que se impunha. Ainda, asseverou que a eficácia das diligências dependeria que os investigados estivessem presos.

Conforme o artigo 1º, III, da Lei nº 7.960 de 1989, a prisão caberá quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes indicados pela lei. Porém, ao ler a decisão que decretou a prisão, observar-se-á a fragilidade da argumentação no tocante às fundadas razões, vez que se baseou única e exclusivamente em depoimento, não existindo assim, provas cabais que comprovassem a efetiva autoria e materialidade de crime, conforme regras básicas do processo penal.

Portanto, o problema encontra-se disposto no argumento de que se faz necessário prender para investigar, pois, conforme ensinamentos do professor Aury Lopes Júnior em sua obra intitulada *DIREITO PROCESSUAL PENAL*, tendo a Constituição Federal de 1988 assegurado o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º, LVII, não é razoável admitir este tipo de prisão, tendo em vista que a polícia deve ter informações e condições técnicas para realizar a investigação preliminar, sem depender da prisão do suspeito, vez que se trata de uma medida bastante drástica, sob o ponto de vista do preso e de sua própria família. Assim, denota-se que, sem dúvida, a prisão afeta de maneira negativa também aqueles que são próximos do suspeito.

Em síntese, observa-se que faltou sensibilidade do julgador. Alexandre Morais da Rosa, em sua obra intitulada *“GUIA DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS”* dialoga com Daniel Kahnemann acerca das duas formas de pensar e decidir, quais sejam, rápida (S1) e devagar (S2). O referido professor afirma que as posições prévias, muitas vezes, impedem que a instrução processual seja o mecanismo democrático de confirmação da conduta – imputação – dado que o jogador (julgador) pode estar preso aos julgamentos preliminares e tidos como verdadeiros *ex ante*. A premissa geral é que o processo penal serve para apurar, e, eventualmente, comprovar a conduta ilícita, tendo o acusado a posição de inocente. Porém, mesmo que tal premissa seja ou deveria ser racionalmente pacífica entre todos os participantes do processo penal, muitas vezes, heurísticas e vieses cognitivos de julgamento utilizando a forma de pensar e decidir rápida (S1) se fazem presentes num processo penal. Assim sendo, por exemplo, inicialmente, ao ler uma denúncia do Ministério Público, tende a ser mais fácil concluir que, de fato, ela é cabível, e que o acusado deve ser processado, do que o contrário, pois parte-se do pressuposto de que o membro do Ministério Público possui conhecimento jurídico, e só apresentaria a denúncia se estivesse

convencido da culpabilidade do agente. Porém, com a resposta à acusação, ou seja, a partir do diálogo entre acusação e defesa, a tendência se altera, e, assim, fica mais difícil concluir de forma automática pela culpabilidade do acusado.

Portanto, denota-se que a partir da resposta à acusação, o julgador, inevitavelmente, deve comparar ambas as peças, e, concomitantemente, analisar as provas produzidas. Isso faz com que o julgador tenha que se utilizar da forma mais devagar de pensar e decidir (S2), o que dá origem à complexidade do caso.

É preciso ter consciência de que nem todos os suspeitos são, de fato, culpados, e esse pensamento deve estar na mente de cada pessoa que se dispõe a viver em sociedade, sem exceção, observando-se sempre as regras do jogo. Portanto, cabe destacar que uma parte da mídia, no caso do ex-reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, também falhou, pois é possível, ao rever algumas reportagens que noticiaram a operação Ouvidos Moucos, a tomada de posição antecipada e favorável à operação, estando, assim, o único objetivo de informar ausente. A espetacularização do processo penal tomou conta da mente de muitas pessoas, e, assim, a sensibilidade, o senso crítico acerca dos fatos se perderam consideravelmente.

Assim sendo, a consequência da tomada de decisão antecipada, bem como a espetacularização do processo penal que envolveu Luís Carlos Cancelier de Olivo o levaram ao limite emocional, gerando, assim, a vontade de se matar, como de fato o fez. Em entrevista dada por seu irmão, Acioli Cancelier de Olivo, pode-se constatar que mesmo Luís Carlos Cancelier de Olivo sendo reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, possuía uma vida pacata, sem almejar o lucro fácil, alta quantidade de dinheiro, tendo, assim, como objetivo maior o reconhecimento da qualidade das pesquisas realizadas na Universidade Federal de Santa Catarina (Entrevista. (2018)

A sua vida acontecia na referida universidade desde a juventude, portanto, se se tivesse mais conhecimento a respeito disso, sem dúvida, o julgamento, tanto da Polícia Federal, Ministério Público Federal, Justiça Federal e parte da mídia, seria diferente, e o final da história de Cancelier seria diferente, da mesma forma que seria diferente o final da história de Josef K, que, caso lhe fossem garantidos direitos basilares de qualquer ser humano que esteja sendo processado, saberia exatamente como se defender, e quais atitudes tomar.

## ■ CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou constatar a importância de um estudo interdisciplinar, precisamente, por parte dos estudantes do direito, pois trata-se de uma estratégia que, conforme diversos estudos citados, pode contribuir para melhor entendimento acerca de uma determinada área do conhecimento, e, da mesma forma, propiciar facilidade quando da vivência prática.

Além disso, tentou-se deixar clara a necessidade da conjunção do Direito e Literatura, pois partiu-se do pressuposto de que seria uma alternativa que pode fazer surgir um raciocínio crítico nos estudantes. Ainda, se constatou que a partir da conjunção das duas disciplinas, até mesmo aqueles que não são profundos conhecedores do direito, podem possuir uma visão ampliada acerca de diversos assuntos eminentemente jurídicos, tais como, a presunção de inocência, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e, conseqüentemente, sobre a função do direito de um modo geral.

Como se não bastasse, a conjunção das duas disciplinas é importante, pois pode fazer com que os estudantes e operadores do direito tenham mais consciência acerca de seus papéis em sociedade.

Assim sendo, conclui-se que além da Literatura proporcionar prazer, pode, outrossim, proporcionar conhecimento, uma vez que diversas obras literárias tratam de fatos do cotidiano, e isso inclui problemas existentes em uma dada sociedade. Portanto, se faz necessário que o estudante de direito saiba exatamente o que de fato ocorre na sociedade, e quais são as verdadeiras aflições das pessoas.

O estudante de direito, futuramente, quando ingressar no mercado de trabalho, lidará com problemas de pessoas, ou seja, relações sociais. Dessa forma, precisa estar preparado para solucionar referidos problemas, pacificar relações, sob pena de não cumprir com a sua função social.

Para conhecer mais sobre a vida em sociedade, o estudante precisa buscar alternativas, e a Literatura, sem dúvidas, é uma delas.

Recomenda-se, portanto, que o estudo conjunto das referidas disciplinas seja efetivado no Brasil, e que as instituições de ensino fomentem esta forma de se analisar o direito, ou seja, como um todo, de modo interdisciplinar.

Por fim, cabe destacar que o presente artigo não exauriu toda a análise sobre o tema, pois é possível analisar o assunto a partir de outras perspectivas, e, assim, obter novas conclusões, o que, inegavelmente, pode contribuir ainda mais com o ensino jurídico brasileiro.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARTHES, Roland. **Aula**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix, 2008.
- CUNHA, Alexandre Sanches (Bianchini, Luiz Flávio Gomes). Col. **Saberes do Direito Vol. 1 -Introdução ao Estudo do Direito**. Saraiva, 02/2012
- DA ROSA, ALEXANDRE MORAIS; **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**; 5º edição, 2019; editora EMAIS; página 122;
- ENTREVISTA com Acioli Cancellier de Olivo - Irmão do ex-reitor da UFSC Luiz Carlos Cancellier**. Florianópolis: Tv 247, 2018. Son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=y40HcrCYVRs>>. Acesso em: 07 jun. 2018.
- GARGARI, Rodrigo Díez. **Dejemos em paz a la literatura**. In: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 29 (octubre 2008), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura: anatomia de um desencanto**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 158.
- HENRIQUES, Antonio, MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica**, 9ª edição.
- JUNIOR, Aury Lopes; **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL**; 15. ed, 2018; editora SARAIVA, página 681.
- KAFKA, Franz; 1883-1924; tradução de Torrieri Guimarães – **4: O processo** – editora: Martin Claret – Coleção a Obra-prima de cada autor 5. ed – São Paulo; páginas. 174/ 187/ 221
- MEIRA, Cécil V; **Introdução ao Estudo Da Literatura** – 4, ed, revista e aumentada – Forense Universitária – Rio de Janeiro. V; A classificação das ciências e a literatura: Relações com outras Ciências pág. 22.
- O EXPLORADOR. **Toda generalização é perigosa. Inclusive esta**. Disponível em: <<http://www.oexplorador.com.br/%C2%93toda-generalizacao-e-perigosa-inclusive-esta-%C2%94/>>. Acesso em: 11 maio 2019.
- OLIVEIRA, Maria Regina de. **Shakespeare e o direito** / Maria Regina de Oliveira; coordenação Celso Fernandes Campilongo. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TRINDADE, André Karam; Bernsts, Luísa Giuliani. **O estudo do Direito e Literatura no Brasil, evolução e expansão**. 2017. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/326>. Acesso em 03. Mar.2019
- TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. (Orgs.) **Direito & Literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TRINDADE, André Karam; Streck, Lenio Luiz; **Direito e Literatura: Da realidade da ficção à ficção da realidade**; p.6; editora atlas. 2013.

TRINDADE; Gubert; TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. **Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se pensar o direito**. 2008. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/article/view/63/76>. Acesso em: 03. Mar. 2019.

## DIREITO À MANIFESTAÇÃO CULTURAL X PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: UMA DESCONSTRUÇÃO DA ADI 4.983

Tanilson Alves de Sousa<sup>148</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho, tem como escopo tratar da análise do conflito entre direitos fundamentais, esculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esse possível conflito será analisado a partir de um caso concreto, que será a ADI 4.983, onde se discute o direito a proteção ambiental previsto no artigo 225 da Constituição, e o direito à manifestação Cultural também disposto no artigo 215, do mesmo diploma normativo. O objetivo geral é analisar o direito à manifestação cultural X proteção ambiental com ênfase na ADI 4.983. A metodologia utilizada é qualitativa do tipo bibliográfica, e o método é dedutivo com um nível de aprofundamento descritivo. A pesquisa constatou que não deve o Estado intervir em manifestações culturais, exceto para garantir a sua livre prática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Manifestação Cultural. Proteção Ambiental. Colisão entre Direitos Fundamentais. Controle de Constitucionalidade.

### ■ INTRODUÇÃO

A colisão entre direitos fundamentais, é um fenômeno que vem à tona todos os dias, cabendo ao julgador no caso específico sopesa-los, daí surge a necessidade de maiores estudos sobre este tema.

Faz-se importante destacar, que no campo dos direitos fundamentais encontra-se uma realidade dinâmica e mutável, por conseguinte, a cada caso tem-se que buscar a solução na dogmática, sendo está o resultado de uma realidade político-jurídica de uma sociedade. No entanto com a complexidade destes temas, impossível seria para o julgador esgotar todas as suas nuances, fazendo uma abordagem puramente dogmática, obrigando se a fazer uma reflexão mais profunda, enveredando-se para o viés hermenêutico:

Importante situar que, dentro do campo dos direitos fundamentais, encontra-se uma realidade dinâmica que está em constante mutação no que tange à realidade jurídico-política. O enfrentamento dessas questões não consegue ser esgotado com base apenas na dogmática, na doutrina ou na jurisprudência. Esse embate necessita também de um olhar crítico pelo viés hermenêutico (GRUBBA, 2017 p.197).

Ao fazer tal reflexão, os agentes envolvidos chegam a um consenso, acreditando que seja o mais benéfico para resolver determinado caso concreto. O grande problema é que o direito não é uma ciência exata, em que o julgador pode simplesmente pegar uma fórmula e aplicá-la ao caso concreto, e ao fim da equação ter uma solução, essa solução tem que ser amplamente discutida e analisada, principalmente por entrar em searas tão sensíveis como a manifestação cultural, e o direito à proteção ambiental.

Doravante é importante destacar, que, quando uma norma é positivada, parte-se do princípio de que ela vem para resguardar os anseios sociais, já que a lógica é que o legislador é o representante legítimo do povo, levando-se em conta o que podemos extrair do art. 1º parágrafo único da carta política:

<sup>148</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: sousatanilson@hotmail.com.



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: (.) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Vendo tal dispositivo, deve ser feita a seguinte indagação: O que mais reflete uma sociedade e seus anseios, que a sua cultura, seus costumes, valores, e as formas que os agentes adotam para manifesta-la? Será mesmo preciso que o Estado como detentor da soberania, soberania está dada pelo próprio povo, deve representado por um “órgão”, interferir em um assunto tão importante?

Ainda, muito importante destacar, que deve o Estado representado pelo poder judiciário, ao interferir em manifestações culturais levar em conta se suas decisões vão estar lotadas de efetividade, devendo o julgador ao determinar, que, em um caso concreto deve ser aplicado determinada norma, qual o impacto daquela decisão, correndo o risco de não surtir os efeitos desejados.

Uma norma pode ser válida sem ser eficaz. O caso mais clamoroso é sempre o das leis de proibição de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América, que vigoraram durante vinte anos entre as duas guerras. Afirma-se que o consumo de bebidas alcoólicas durante o regime proibicionista não era inferior ao consumo do período imediatamente sucessivo, quando a proibição foi abolida. Certamente se tratava de leis validas, no sentido de que emanadas dos órgãos que tinham competência para tanto, mas não eficaz. (BOBBIO, 2014, p.51).

Se é possível que uma norma pode ser válida e padecer de eficácia, então, por conseguinte e por maior razão, uma decisão judicial pode ser válida e legal, más, padecer de eficácia, principalmente quando esse assunto versa sobre temas culturais, a exemplo a própria proibição do álcool nos Estados Unidos da América, não surtiu efeito algum, porque o uso de álcool já fazia parte da cultura daquele povo. Em tratando-se do tema cultura, destaca o autor abaixo referido em sua obra:

A palavra cultura vincula-se a cada pessoa, indicando o acervo de conhecimentos e de convicções que consubstanciam as suas experiências e condicionam as suas atitudes, ou, mais amplamente, o seu comportamento como ser situado na sociedade e no mundo. (REALE, 2005, p. 2).

A cultura é vinculada ao íntimo de cada pessoa, e indica as suas convicções e ações, será que quando um órgão julgador representando o Estado, tenta inibir a sua manifestação, pautado única e exclusivamente no sopesamento de direitos positivados, não está de certa forma, inibindo determinadas pessoas de se situarem no próprio Estado?

Ao analisar-se o tema, referente ao sopesamento entre direito à manifestação cultural, em relação a proteção ao meio ambiente, ou a qualquer outro direito fundamental, fica evidente que a discussão enveredar-se-á por uma seara muito sensível do direito pátrio, por conseguinte, mostra-se essa análise de fundamental importância, tanto para se conseguir uma validade, para qualquer decisão que vier a ser tomada, quanto para um viés jus-filosófico.

No primeiro tópico, será feita uma análise sobre direitos fundamentais. Ainda irá ser abordado o tema patrimônio cultural, e mostrar-se-á a importância que o legislador constituinte deu ao tema. Não obstante, será destinado tópico para análise da proteção ambiental, em que será discutido quando surge a preocupação com o meio ambiente, e a importância que o constituinte deu ao tema ao colocá-lo no rol de direitos fundamentais. Por último, mas não menos importante será analisado o conflito que existe entre os dois direitos fundamentais.

## ■ 1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais estão previstos no Título II, art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, para o autor abaixo transcrito, foi a primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, que o constituinte deu maior relevância aos direitos fundamentais, destinando título próprio:

Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga dos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do status jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional, muito embora se deva reconhecer que somente ao longo do tempo e de modo muito variável a depender de cada ordem constitucional os direitos fundamentais passaram a fruir de um regime jurídico-constitucional reforçado e efetivamente compatível com a sua condição. (SARLET, 2015, p. 64).

Bom destacar, que apesar de o constituinte ter destinado título próprio para os direitos fundamentais, ele não esgotou-os, vez que no parágrafo segundo do art. 5º, dispôs que, “§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ao fazer tal previsão, o constituinte permitiu que outros preceitos tanto previstos no texto constitucional como fora dele, fossem elevados ao rol de direitos fundamentais:

Em primeiro lugar, cumpre referir que o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, §2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.(SARLET, 2015, p.72).

O universo dos direitos fundamentais é bem vasto: Estes direitos podem ser formal e materialmente fundamentais, ou só materialmente fundamentais. A primeira proposição é a situação dos direitos previstos no art. 5º, da CF, e a segunda se amolda no §2º, do aludido artigo.

Como assevera, (SARLET, 2015, p. 119) “Assim, também na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais podem ser destacados alguns possíveis exemplos de direitos fundamentais fora do catálogo, dispersos no texto constitucional, de modo particular no título”. O autor, com tal raciocínio, demonstra que o direito à manifestação cultural, e à proteção ambiental, constituem direitos fundamentais, vez que o legislador previu o reconhecimento de outros direitos fundamentais além daqueles previstos no rol do art. 5º, da CF. Por conseguinte esses direitos dizem respeito a própria dignidade da pessoa humana, previsto art. 1º III, da CF.

## ■ 2. DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos Culturais estão previstos no texto constitucional, no art. 215. Para analisar o tema é necessário saber o que são direitos culturais, ainda, o que é patrimônio cultural previsto no art. 216 do mesmo texto:

Pela leitura da lei e da constituição de 1988, bem cultural é aquele bem jurídico que, além de ser objeto de direito, está protegido por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante. Ao bem cultural assim reconhecido é agregada uma qualidade jurídica modificadora, embora a dominialidade ou propriedade não se lhe altere.

(SOUZA FILHO, 2006 p.36).

Bem cultural, é o bem jurídico que além de ser objeto de direito, está protegido por ser representativo, ou identificador de expressão de uma determinada cultura. A esse bem é atribuído um interesse público especial, mesmo que esse reconhecimento não lhe altere à propriedade.

Bom ressaltar, que a ideia de patrimônio cultural não exige que tenha uma relevância econômica, não precisando ter o mesmo titular, a exemplo o bem pode ser de propriedade particular ou pública, o reconhecimento como patrimônio cultural, serve para identificar uma universalidade juridicamente protegida sob as mesmas condições.

O que une esses bens para formar um patrimônio é o seu reconhecimento como reveladores de uma cultura específica, que integra a cultura nacional. Afirma o autor abaixo transcrito, que mesmo que o Estado não os proteja é dever do povo detentor ou reconhecedor daquela cultura protegê-la, exigindo que o Estado saia da inercia e comece a protegê-la:

O que une estes bens em conjunto, formando-os patrimônio, é o seu reconhecimento como reveladores de uma cultura determinada, integrante da cultura nacional. Entretanto, com ou sem técnica jurídica, com ou sem reconhecimento jurídico, o conjunto de bens materiais e imateriais que garantem ou revelam uma cultura são patrimônio cultural daquela cultura. Se o direito é capaz de criar normas protetoras, impondo ao Estado sua proteção, é outra coisa. Cumpre ao povo detentor ou reconhecedor da cultura a sua proteção, o que inclui exigir do Estado atos concretos nessa direção. (SOUZA FILHO, 2006 p. 47).

Como pode se observar da citação supratranscrita é possível depreender que o bem cultural pode ser material e imaterial, material seria aquele bem que pode ser auferido, a exemplo uma pintura do Michelangelo, já o bem imaterial não pode ser auferido em regra, a exemplo, uma dança indígena ou o modo de fabricação de determinada peça, ainda a capoeira.

A constituição da República, em seu art. 216 estabelece que “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de relevância à identidade, à ação à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, constituem o patrimônio cultural brasileiro. Os bens materiais são não só aqueles que a imaterialidade se realiza em um suporte determinado, como a arquitetura, mas também, aqueles objetos que ganham relevância própria, como a casa de D. Pedro, o primeiro livro editado no Brasil etc. Quer dizer, são materiais não só os imateriais que precisam de um suporte como aquelas materialidades às quais o ser humano atribuiu valor cultural, nelas incluídas as belezas naturais. Há bens culturais, entretanto, que não se suportam em nenhuma materialidade e que também integram o patrimônio cultural brasileiro, conforme o expresso dispositivo constitucional. Estes bens são chamados de imateriais ou intangíveis. Na realidade são os puramente intangíveis, já que, como vimos, todos são intangíveis. (SOUZA FILHO, 2006, p. 50).

Os bens intangíveis, portanto, não precisam de um “suporte material”, eles são detentores de proteção jurídica, a exemplo a dança, o teatro, o canto, a fala, dentre muitos outros.

A exemplo, também pode ser usada a prática da vaquejada, que acontece no nordeste brasileiro, e serve para demonstrar a habilidade do vaqueiro nordestino na lida do campo, que foi reconhecida como atividade desportiva e cultural, pela lei 15.299 de 2013, que dispunha, “Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará”. Reconhecendo assim como patrimônio cultural imaterial.

Por tratar-se de direito que tem tanta ligação com a identidade de determinado povo, como já foi visto, o direito à manifestação cultural, está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, § 1º do art. 215 que prevê, “§ 1º o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

O legislador, ao colocar à manifestação cultural na carta magna erigiu-a como direito fundamental, e por tal razão goza de uma posição hierárquica superior a direitos que não estão no rol dos fundamentais. Como já foi discutido em tópico específico.

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (MENDES, 2016 p.134).

A cultura está ligada ao íntimo de cada povo, e é responsável pelas suas atitudes, os seus convencimentos e suas diretrizes. Impossível seria falar em um povo sem a preservação das suas manifestações culturais, das suas raízes, até porque tudo o que hoje se exige como obrigação é fruto de um momento histórico, que se agregou a cultura de determinado povo.

Os direitos fundamentais são de uma relevância incomensurável para o ordenamento jurídico, e sendo a cultura e sua preservação garantida na Carta Maior, tem o Estado obrigação de preservá-la e ao mesmo tempo garantir a sua manifestação por diversos meios.

A cultura envereda-se por diversas searas, e pode ser expressada de diversas formas, a exemplo temos a pratica da “Vaquejada”, que foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, essa pratica remonta de meados do século XIX, como bem ressalta o Ministro Toffoli, em voto proferido em plenário na Suprema Corte:

Luís da Câmara Cascudo em sua importante obra sobre a vaquejada nordestina (A vaquejada Nordestina e sua origem. Recife: imprensa Universitária, 1966. P.8), o pesquisador confirma que a vaquejada como se conhece no Nordeste e se difundiu pelas regiões sul e centro de nosso país a partir o século XIX, deixou de ser uma técnica empregada na labuta do campo aos novilhos, barbatões, marrueiros. (BRASIL. STF. p. 117, WEB).

Como pode se depreender dessa literatura, a vaquejada mostra-se uma forma de manifestação da cultura do vaqueiro nordestino, que tenta fazer-se representar pela demonstração de agilidade na doma dos animais, ainda é possível extrair das palavras do autor supracitado, que, muito mais vasta literatura registra toda a historicidade dessa pratica, para que não reste dúvida de quanto tempo já remonta a pratica da vaquejada:

No sertão baiano, a técnica da “derrubada” era aplicada pelos vaqueiros nas caatingas, não por esporte, mas como serviço de campo, como bem ressaltado pelo magnifico escritor Euclides da Cunha em sua obra “Os Sertões”, o qual, ao se referir a uma de suas árduas tarefas nos idos de 1897, acabou por confirmar que o referido método estava incorporado às atividades do vaqueiro, do cavaleiro, desde o século XIX. ” (BRASIL. STF, p. 118, WEB).

Vendo a cultura e o direito a sua manifestação, como direito fundamental, por estar esculpido na Carta Maior, e tendo em vista o que já foi dito pelos autores mencionados, a vaquejada trata-se de autentica manifestação cultural, por maior razão chega-se à conclusão de que ela goza de proteção constitucional, devendo o Estado garantir a sua total preservação.

Sendo a vaquejada manifestação cultural, como aliás está na própria petição inicial, encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do art. 215 e seu respectivo §1º, e não há, em nosso modo de ver, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões desenvolvida na zona rural deste grande país”. (BRASIL. STF, P. 15, WEB).

Nesse sentido, faz-se de suma importância, a tentativa de preservação de costumes tão antigos e que remontam de séculos, para que não haja uma perda de identidade cultural desses determinados povos:

A mim, preocupa-me bastante que nós, a partir de referenciais um tanto quanto abstratos, comecemos a tentar quebrar práticas que remontam a tempos às vezes imemoriais. Como se está dizendo, isso já vem das práticas dos tempos reinóis do Brasil Colônia e há registros na própria literatura, tentativas até mesmo de regulação do clássico Câmara Cascudo”. (BRASIL, STF, p. 18, WEB).

Nessa passagem, nota-se a importância que o autor dá ao tema preservação da cultura, ao preocupar-se com uma possível quebra das práticas culturais que determinado povo exerce, faz-se de mister importância destacar que deve o Estado intervir minimamente nessas determinadas searas, por dizerem respeito a identidade desses povos.

### ■ 3. A PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A proteção ambiental, é tema de fundamental importância para o desenvolvimento sustentável de todo o planeta, e por conseguinte, faz-se dever de todos contribuírem para com sua preservação. O movimento de preservação ambiental ganha força a partir da segunda metade do século XX, onde acontece a Conferência Internacional sobre Meio Ambiente, como bem ressalta o autor abaixo citado:

No passado existiam algumas normas protetivas do meio ambiente no plano internacional, como a Convenção Para a Regulamentação da Pesca da Baleia, de 1931, a Convenção Internacional da Pesca da Baleia de 1946, a Convenção Internacional Para a Proteção dos Vegetais, de 1951, o Tratado da Antártida, de 1959, etc., mas a consolidação da proteção do meio ambiente vai acontecer a partir do final da década de 60 (século 20) e da realização da primeira grande Conferência Internacional sobre Meio Ambiente, em 1972, e a consequente proliferação de documentos internacionais sobre a matéria.(GUERRA. 2018, P. 302).

O mundo começou a acordar para o tema, e após a conferência internacional, criou-se um sentimento de que todos os Estados teriam que começar a contribuir para com a preservação ambiental. No Brasil com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, o constituinte reservou capítulo específico sobre meio ambiente, como parte da Ordem social. Como foi bem ventilado em voto que versava sobre o tema no STF:

No caput do art. 225 previu-se que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (.), impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de Defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Trata-se de direito que tem sido reconhecido de caráter fundamental, por sua importância em si e por ser pressuposto essencial de outros direitos fundamentais, constantes do Título II da Constituição, como direito à vida e à saúde. Autores há que o associam diretamente à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial. (BRASIL. STF, p. 40, WEB).

Apesar de ser uma ciência relativamente nova, por ter como marco inicial a discussão da sua relevância para com o futuro da humanidade meados do século XX, o direito ambiental é uma ciência autônoma, e ganha grande relevância no direito Brasileiro pela sua inserção na Carta Constitucional no seu artigo 225, e por possuir os seus próprios princípios diretores. Tal previsão ressalte-se, mostra a importância que o constituinte originário deu ao direito ambiental, e demonstra a intenção de usar a sua preservação como um dos princípios diretores para toda a legislação infraconstitucional:

“O direito ambiental é uma ciência nova, porém autônoma. Essa independência lhe é garantida porque o direito ambiental possui os seus próprios princípios diretores, presentes no art. 225 da Constituição Federal”. (FIORILLO, 2019, p. 78).

Nessa esteira, o legislador continua estabelecendo um rol de obrigações para que seja efetivada a preservação do meio ambiente, tais como, preservar os processos ecológicos, criação de reservas ambientais nas unidades da Federação, disposto inciso III do aludido artigo, ainda a educação ambiental em todos os níveis de ensino, a proteção da fauna e da flora, proibindo qualquer prática que venha a destruí-las, também não podendo causar a extinção de espécies, nem submeter animais à crueldade.

Conforme (FIORILLO, 2019, p. 78), em sua obra: “O bem ambiental criado pela Constituição Federal de 1988 é, pois, um bem de uso comum, a saber, um bem que pode ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais”. O autor continua dizendo que para ter estrutura ambiental, ele tem que ser de uso comum do povo, além disso tem que ser essencial à sadia qualidade de vida, (FIORILLO, 2019, p. 78) “Além disso, para que o bem tenha a estrutura de ambiental, deve ser, além de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida”. Por maior razão mesmo se o bem for de uso comum do povo, se não se fizer necessário a sadia qualidade de vida esse não entra no rol de direito ambiental.

O autor traz o seguinte questionamento, (FIORILLO, 2019, p. 162), “Quais seriam no ordenamento positivo os bens essenciais à sadia qualidade de vida?”.

A resposta seria com ressalta, os bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana, que, por conseguinte tem correlação com os direitos fundamentais dispostos no art.6º da carta maior, a exemplo à saúde: A resposta está nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito: são os bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana. Referidos bens, por via de consequência, encontram correlação com os direitos fundamentais da pessoa humana apontados no art. 6º da Constituição Federal: o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à proteção à infância e mesmo o direito à assistência aos desamparados, todos eles já comentados na presente hora. (FIORILLO, 2019, p. 163).

É de se destacar, como extraído das referidas indagações, que os bens ambientais estão estruturados na Constituição Federal de 1988, e que devem estar imbuídos da somatória da sadia qualidade de vida e de uso comum de todos.

Os bens ambientais são de fundamental importância quando referem-se a garantir a qualidade de vida, partindo-se desse pressuposto é de se destacar que a proteção ambiental tem a ver com a própria preservação da espécie humana.

#### ■ 4. DA COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para analisar a possível colisão entre direitos fundamentais, é preciso partir do pressuposto, de que existe um fundamento que coloquem algumas normas no mesmo patamar de hierarquia, esse fundamento se representa na estrutura piramidal:

Geralmente se representa a estrutura hierárquica de um ordenamento por meio de uma pirâmide, donde se pode falar também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide, o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se olharmos de alto a baixo a pirâmide de processos de produção jurídica”. (BOBBIO, 2014, p. 60).

Partindo-se do pressuposto que existem normas com a mesma hierarquia e com o mesmo “grau de importância”, se pode deduzir que algumas delas venham a divergir no momento da sua aplicação.



Durante toda a evolução da humanidade, tem-se uma grande mudança no seu cenário seja político, cultural ou jurídico, e a cada época decide-se o que vão erigir como de maior relevância para aquela determinada civilização, daí dá-se o dever de o jurista da época sopesar e definir a relevância que tem cada regra posta:

Não obstante, os conflitos entre direitos fundamentais também não se resolvem apenas com a aceitação preliminar de que uns direitos são mais importantes que outros, já que, como dito, todos estão previstos na mesma tábua axiológica, inexistindo, desta forma, qualquer hierarquia valorativa entre eles. (RODRIGUES, 2010, p.3454, WEB).

Desta feita, quando se tem princípios e normas de igual valor hierárquico, o julgador tem que buscar alguma forma de dirimir esse aparente conflito, criar uma possível maneira de resolver essa controvérsia:

Pelo que foi dito, podemos concluir que o princípio da proporcionalidade, através de uma ponderação de interesses, é um método que fornece resultados bastante satisfatórios para as colisões entre direitos fundamentais, ao restringir e tutelar razoavelmente cada direito envolvido, de acordo com a forma com que se apresentam no caso concreto. (RODRIGUES, 2010, p.3460 WEB).

Refere-se o autor, ao princípio da proporcionalidade, que seria o meio mais satisfatório para resolver-se uma controvérsia entre determinados mandamentos constitucionais.

Nessa esteira, ainda continua o autor a asseverar a possibilidade de o julgador utilizar-se dessa forma de resolução por ser aparentemente a mais razoável na pacificação dos conflitos entre direitos fundamentais:

Diante de uma colisão autêntica, verificamos que o intérprete poderá utilizar-se do princípio da proporcionalidade, através dos seus subprincípios da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, na busca de uma solução que se amolde aos ditames da constituição. (RODRIGUES, 2010, p.3463, WEB).

Desta feita, extrai-se que o julgador ao se deparar com possíveis colisões entre direitos fundamentais, terá que fazer um grande trabalho para interpretar os possíveis direitos, nessa mesma linha de raciocínio, vem outro escritor para explicar como surgiu essa teoria da colisão entre direitos fundamentais:

A teoria da colisão dos Direitos Fundamentais foi pensada no pós-guerra europeu, em que se procurou justificar, em determinadas situações específicas, a preponderância de um Direito Fundamental sobre outro Direito Fundamental, sem que houvesse o esvaziamento total do Direito Fundamental. (AVANCI, 2010, p.195).

Essa explicação é de extrema relevância, levando-se em conta a época em que foi pensada, um período pós-guerra onde tinham que discutir esses possíveis conflitos, mas ao mesmo tempo não necessariamente retirar do ordenamento jurídico a norma que deixou de ser aplicada.

Em citação, o autor supracitado ainda traz à baila o pensamento de Ferrajoli:

Ferrajoli pondera que entre Direitos Fundamentais deve haver uma máxima compatibilidade entre si. Admite as colisões em raras exceções, como, por exemplo, a da liberdade de expressão diante do direito à privacidade, da liberdade de associação e do direito de greve frente aos demais direitos fundamentais (Cf. FERRAJOLI, 2009, p. 351 e ss). (AVANCI, 2010, p.197).

Ao dispor sobre a teoria da colisão dos Direitos Fundamentais, os autores não se separam da ideia de que o ordenamento jurídico tem que ser uno e sistemático, e por conseguinte não deve

ter divergência entre princípios. No entanto pregam que em determinadas e raras circunstâncias pode haver um possível desencontro entre determinados princípios, e nesses desencontros aí sim deve haver a possibilidade de se fazer um determinado sopesamento, para que no caso específico deixe-se de aplicar um princípio em detrção do outro, mas em momento alguma haverá o esvaziamento daquele.

Ainda, se faz de suma importância observar que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente Estatal, como bem ressalta em sua obra (HÄBERLE, 2002, p.23) “a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático”. Ora, o julgador ao interpretar a norma tem que levar em conta os anseios sociais.

Ao pensar em interpretação constitucional pela perspectiva de sistematicidade jurídica levantada por Häberle, fica evidente o dever do interprete constitucional observar todo o conjunto de normas antes de tomar qualquer decisão.

Evidente fica, o difícil papel do interprete constitucional, quando observa-se trechos do voto proferido na ADI 4.983, que versa sobre a constitucionalidade ou não, de lei que trata a vaquejada como manifestação cultural, (BRASIL, STF, p. 136, WEB), “Trata-se de evidente conflito de “visões de mundo” entre os que querem a proibição dessa atividade e os que a defendem, cuja resolução não pode recair na aplicação da regra do “tudo ou nada”. Nessa passagem fica evidente o dever de ponderação do interprete constitucional, não podendo simplesmente chegar a uma conclusão de que é “tudo ou nada”, sem usar para o caso um meio termo.

Ainda continua o ministro, ao se referir a interpretação constitucional, salienta não ser possível parir-se de um discurso universal, que seria a proteção aos animais, e a vedação a imposição desses a crueldade, se não for possível usar essa mesma fundamentação para resolver casos semelhantes, como a exemplo o abate de animais para a alimentação, esse procedimento está longe de não ser cruel, ainda, o próprio hipismo que é esporte olímpico e utiliza animais, não deve o interprete usar dois pesos e duas medidas:

É justamente essa reflexão que deveria ser considerada pela Corte. Não é possível partir-se de um discurso universal de proteção aos animais, como valor autônomo, invocando-se o bem-estar animal e a simples vedação à crueldade, se a mesma fundamentação e se suas consequências, além de seus efeitos, não sejam identificáveis em situações semelhantes. Aqui podemos mencionar o rodeio de Barretos, a prova do laço no Rio Grande do Sul, o abate de animais para alimentação, o uso de camundongos em testes de laboratórios e, como já mencionei, o próprio hipismo. E não esqueçamos que o hipismo é esporte olímpico, já que não faz muito que acabou a Rio 2016. (BRASIL. STF, p. 138, WEB).

Não pode o interprete constitucional, simplesmente utilizar-se de argumentos morais, para declarar alguma coisa justa ou injusta, vez que, o mesmo argumento poderia ser refutado em situações semelhantes.

O referido tema ainda abriga diversas nuances, o constituinte originário garantiu o livre exercício da manifestação cultural, e é sabido que cada região tem uma forma peculiar de manifestar sua cultura, cada qual com suas especificidades, ficando muito complexo para o interprete analisa-las no caso concreto, (BRASIL. STF, p. 140, WEB) “Não cabe a nós, com base uma visão não universalizada do que é, ou não, correto nessa situação, estabelecer que a vaquejada não deve continuar a ser realizada”.

Para alguns autores, é incontroverso que constitui direito fundamental do povo, manifestar sua cultura sem sofrer restrições, por parte do Estado:

O exercício da cultura e seu teor deverá ficar a encargo da população, uma vez a sociedade é livre e legítima para expor a cultura nacional, não podendo sofrer qualquer tipo de controle, restrição (censura) ou interferência. Esse corolário é garantido pela Constituição Federal de 1988 e tutelado pelo Estado Democrático de Direito. (FERREIRA, 2017 p.93).

Se constitui direito fundamental de qualquer população em manifestar sua cultura, só cabe ao Estado colaborar com o direito à manifestação, nunca intervir de forma que venha a suprimi-la.

Pela transmissão, geração a geração, deste tema sempre associado à figura do Estado, bem como a outros temas, tais quais amparo, proteção, incentivo, diversas passagens do Texto Constitucional de 1988 tratam a cultura na acepção de “bem” a ser protegido e alcançado, de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que devem proporcionar aos cidadãos os adequados meios de acesso. (PEREIRA, 2008, p12, WEB).

Bom destacar que o dever de não intervenção Estatal, não quer dizer que ele não se associa a cultura, porque é o Estado fruto de evoluções culturais, além disso a Constituição de 1988, trata a cultura como “bem”, e impõe a União e aos entes públicos o dever de assegurar os meios de acesso a bens culturais materiais ou imateriais.

De mais a mais, é dever do Estado garantir a preservação ambiental, mas, ao mesmo tempo garantir o direito à manifestação cultural, não dá para aplicar o tudo ou nada, o que se sugere é utilizar um meio-termo, para se chegar a um consenso, (BRASIL. STF, p. 148, WEB) “Impedir a prática da vaquejada é aniquilar completamente uma parcela da cultura nordestina e, conseqüentemente, desrespeitar o art. 215 da CF, que possui a mesma densidade constitucional do art. 225 da CF”, vez que, proibir a prática da vaquejada em favor da preservação ambiental, seria aniquilar parcela importante da cultura nordestina.

## ■ CONCLUSÃO

A presente pesquisa atingiu o resultado esperado, promovendo uma análise da decisão do STF, acerca do aparente conflito entre o direito à manifestação cultural e a preservação ambiental, vez que demonstrou não ser dever do Estado intervir em tais manifestações, a não ser para preservá-los.

A início, foi analisado porque os direitos culturais, direitos esses, englobando a manifestação cultural, e a preservação ambiental, constituem direitos fundamentais, o §2º, do art. 5º, da constituição prevê que os direitos fundamentais não se restringem ao dispostos no referido artigo, e por conseguinte a manifestação cultural e a preservação ambiental ganha status de constitucional, porque dizem respeito a própria dignidade da pessoa humana esculpido no art. 1º, III, da CF, que por conseguinte constitui fundamento da República Federativa do Brasil.

O resultado obtido, foi só o início da discussão acerca do tema, pela complexidade que apresentou, faz-se necessário mais estudos, para que se possa ter um aprofundamento maior acerca dessa questão, recomenda-se que hajam mais pesquisas por parte de estudiosos interessados por essa questão.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVANCI, Thiago Felipe S. **A Colisão de direitos Fundamentais: Há Colisão de Direitos Fundamentais?** Edição, Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 16 – jul./dez. 2010.

BOBBIO, Norberto. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. Teoria da Norma jurídica, São Paulo: EDIPRO, 5. ed. 2014. BOBBIO, Norberto. Trad. Auri Marcelo Solon. **Teoria do ordenamento jurídico**, São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso: em 19/11/2018. BRASIL. Lei 15.229 do estado do Ceará. disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070>> Acesso em: 15/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.983. Acórdão. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Sessão de 06/10/2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 20/03/2018.

FERREIRA, Gustavo Assed; Magno, Andrei Rossi. **Cultura como direito fundamental: Regras e princípios culturais**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais | e-ISSN: 2526-0111 | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 80 - 98 | Jan/Jun. 2017. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, São Paulo, Saraiva Educação, 19ª edição, 2019.

GRUBBA, leilane Serratine. **Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy**: RBDA, SALVADOR, V.12, N. 02, PP. 193 - 219, Mai- Ago 2017.

GUERRA, Sidney. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: Do seu reconhecimento como direito fundamental à sua mitigação? O desafio do Congresso Nacional imposto à autoridade do Supremo Tribunal Federal: o caso das vaquejadas, **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. p. 299- 330. Ano XXVII nº 49, jan.-jun. 2018 – ISSN 2176-6622.

HÄBERLE, Peter. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, reimpressão, 2002.

HENRIQUES, Antonio, MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica**, São Paulo. Atlas 9ª edição. 2017. [Minha Biblioteca].

MATIAS-PEREIRA, José. Manual de Metodologia da Pesquisa Científica, 4.ed. Atlas, 08/2016. [Minha Biblioteca].

MENDES, Gilmar Ferreira, Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 11ª edição, 2016.

PEREIRA, Julio Cesar. **O conceito de Cultura na Constituição Federal**. IV ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura 28 a 30 de maio de 2008 Faculdade de Comunicação/UFBA, Salvador-Bahia-Brasil. Disponível em : <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14112.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2018 REALE, Miguel. Paradigmas da cultura contemporânea. São Paulo, Saraiva, 2ª edição, 2005. [Minha Biblioteca].

RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. **A Colisão Entre Direitos Fundamentais**, Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/Manaus/arquivos/anais/Arthur Martins ramos rodrigues.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/Manaus/arquivos/anais/Arthur%20Martins%20ramos%20rodrigues.pdf). Acesso em: 20 de setembro de 2018.

SANTOS; FILHO, João Almeida e Domingos Parra. **METODOLOGIA CIENTÍFICA**. São Paulo. Cengage Learning, 2ª edição, 2011. Disponível em, [Minha Biblioteca]. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 12ª Edição, 2015.

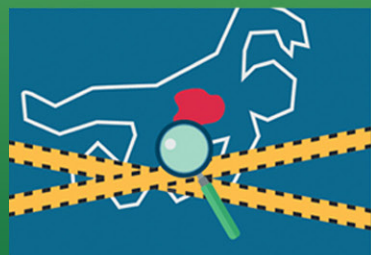
SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. Curitiba. Juruá, 3ª edição 2006.

# SADU

IV Semana Acadêmica de Direito da Univille



GRUPO DE TRABALHO:  
DIREITO, INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO



# ALTERAÇÕES NO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PERANTE O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA DECORRENTES DA APLICAÇÃO DA LEI N.º 12.529/2011: A INSTITUIÇÃO DO CONTROLE PRÉVIO E A MODIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS PARA SUBMISSÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Everton das Neves Gonçalves<sup>149</sup>

Joana Stelzer<sup>150</sup>

Amanda Karolini Burg<sup>151</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho visa descrever as principais alterações trazidas pela Lei n.º 12.529/2011 ao controle estrutural da concorrência no Brasil. Sob o pressuposto de que a Nova Lei Antitruste trouxe inovações de suma importância para o fortalecimento da política antitruste no País, busca-se apresentar as inovações concretizadas (especialmente, a alteração dos requisitos para submissão e a opção pelo modelo de controle prévio dos atos de concentração). Nesse diapasão, tem-se como objetivo geral descrever as alterações decorrentes da nova legislação, assim como os cenários anterior e posterior à reforma. Por sua vez, são objetivos específicos: (i) descrever a atuação preventiva do Cade (controle estrutural), e (ii) apresentar o cenário pré-reforma e as alterações implantadas pela Lei n.º 12.529/2011. Trata-se de pesquisa de procedimento comparativo, de abordagem indutiva e técnica de pesquisa bibliográfica. A partir dos autores apresentados, conclui-se que a atuação do Cade, a partir da entrada em vigor da nova legislação antitruste, foi substancialmente modificada, de modo a se tornar mais dinâmica e eficiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle Estrutural. Atos de Concentração. Cade.

## ■ INTRODUÇÃO

O Antitruste, no Brasil, por excelência, é institucionalizado pelo trabalho preventivo e repressivo do Cade que tem jurisdição sobre todo o território nacional atuando, inclusive e para além de coibir práticas infrativas, no disciplinamento dos atos de concentração.

Nesse cenário, o presente artigo descreve duas das principais alterações trazidas pela Lei n.º 12.529/2011 no que concerne ao controle estrutural (relacionado aos atos de concentração) da concorrência no Brasil<sup>152</sup>. Sob a perspectiva de que a Nova Lei Antitruste trouxe inovações

<sup>149</sup> Professor Titular credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC); Pesquisa Análise Econômica do Direito e Direito Econômico; Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ/UFSC). Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/MG); *Doctor en Derecho Internacional Económico en la Universidad de Buenos Aires (UBA/ Bs. As.)* Argentina; Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC); Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no MERCOSUL pela FURG/RS; Graduado em Direito pela UniAnheta de Jundiaí/SP e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS); Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS.

<sup>150</sup> Professora Associada credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Coordenadora no Núcleo de Estudos em Fair Trade/Comércio Justo (NEFT) do Centro Sócio Econômico (CSE/UFSC). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC). Pós-Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

<sup>151</sup> Mestranda na área de Direito Internacional e Sustentabilidade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ).

<sup>152</sup> Para maiores esclarecimentos, ver: GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira. In PINTO, Felipe Chiarello de Souza; SOARES, Sônia Barroso Brandão; CLARK, Giovanni (Orgs.). **Direito e Economia**. XXI CONPEDI Niterói, RJ. Florianópolis, SC: Fundação José Boiteux; 2012. Pp. 263-283. ISBN 978-85-7840-117-7. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f8684e630c4c30c>>. Acesso em: 9 jul. 2018-A.



de suma importância para o fortalecimento da política antitruste no País, busca-se apresentar as inovações implementadas, quais sejam, a alteração dos requisitos para submissão e a implantação do modelo de controle prévio dos atos de concentração.

Assim, tem-se como objetivo geral descrever as alterações decorrentes da nova legislação, assim como os cenários anterior e posterior à reforma. Por sua vez, são objetivos específicos: (i) descrever a atuação preventiva do Cade (controle estrutural), e (ii) apresentar o cenário pré-reforma e as alterações implantadas pela Lei n.º 12.529/2011, no que tange ao modelo de controle e aos requisitos de submissão.

A metodologia aplicada à pesquisa é indutiva. Quanto à técnica de pesquisa, esta é eminentemente bibliográfica.

## ■ 1. O CONTROLE ESTRUTURAL NO CADE

A Lei n.º 12.529/2011 (2018) reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que passou a ser composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça – e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae). Outrossim, com a entrada em vigor do Decreto n.º 9.266/2018 (2018), a Seae foi extinta, sendo suas atribuições distribuídas entre a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) – voltada à advocacia da concorrência – e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (Sefel) – voltada à formulação e execução da política fiscal, de políticas públicas no setor de energia e de regulação de loterias (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018).

O Cade, que atua por meio do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tade), da Superintendência-Geral (SG) e do Departamento de Estudos Econômicos (DEE), é responsável pela atividade judicante dentro do SBDC, exercida por meio dos *controles estrutural e de condutas*.

Em relação ao controle de condutas, trata-se da atuação repressora do Cade, voltada primordialmente à repressão de infrações à ordem econômica. Difere do controle estrutural, que se dá de maneira preventiva, envolvendo a dinâmica dos atos de concentração. Ensina Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 43), que o órgão antitruste atua preventivamente quando “[.] aprova operações societárias, como incorporação ou fusão, e demais atos de que possa decorrer prejuízo à concorrência ou dominação de mercado”, bem como atua repressivamente quando “[.] julga os processos administrativos pertinentes à infração da ordem econômica, impondo sanções às pessoas que incorrerem em conduta ilícita” (COELHO, 2011, p. 43).

Importante ressaltar que é da atuação dúplice do Cade, tanto preventiva (controle estrutural), quanto repressora (controle de condutas), que decorre a eficácia plena da proteção concorrencial (GABAN; DOMINGUES, 2012).

Especialmente no que tange ao controle preventivo (ou estrutural) da concorrência, objeto do presente artigo, a Lei n.º 12.529/2011 (2018) instituiu três procedimentos administrativos específicos passíveis de instauração perante o Cade: (i) *processo administrativo para análise de ato de concentração econômica*, com vistas à aprovação (integral ou com ressalvas) ou reprovação de um ato de concentração, devidamente notificado perante o órgão judicante do SBDC, quando preenchidos os requisitos de submissão; (ii) *procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica*, que tem como escopo a apuração acerca da necessidade de submissão de determinado ato de concentração não notificado; e (iii) *processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais*, que tem cabimento quando do descumprimento de deveres por parte das empresas que pleiteiam a aprovação de um ato de concentração (FORGIONI, 2015).

No presente trabalho, o primeiro procedimento merece destaque, na medida em que sofreu grandes transformações com a transição do regime disposto na Lei n.º 8.884/1994 para o novo regime da Lei n.º 12.529/2011 – com destaque aos critérios para submissão e ao momento da notificação.

## ■ 2. A ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS PARA SUBMISSÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PERANTE O CADE

O controle estrutural exercido pela autoridade antitruste nacional, sob a vigência da Lei n.º 8.884/1994, bem como da Lei n.º 12.529/2011, encontra-se marcado pela existência de um rol de requisitos a ser preenchido, com vistas a justificar a necessidade de apreciação de determinada concentração perante o Cade. Ou seja, em ambos os cenários, não são todos os atos de concentração que interessam ao órgão antitruste, mas somente aqueles legalmente instituídos. Todavia, com a reformulação do SBDC, os critérios de submissão dos atos de concentração foram totalmente reformulados.

Conforme disposto no art. 54, *caput*, da Lei n.º 8.884/2011 (2018), “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”. Especificamente, o § 3º do referido artigo previa a necessidade de submissão perante Cade de operações de concentração que: (i) impliquem *participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante*, ou (ii) qualquer dos participantes tenha *registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00* (quatrocentos milhões de reais). Restava, pois, real dúvida quanto à necessidade de apresentação ou não do ato de concentração ao SBDC já que, somente a *posteriori*, seria definida efetivamente a fatia de participação dos agentes concentrados no mercado relevante. Sobre a questão, Bagnoli (2008, p. 163-164) afirma que “Fica, certamente, a dúvida em saber quando se deve apresentar uma operação, já que o prejuízo à concorrência ou a dominação de mercado são conceitos subjetivos, que na defesa das partes envolvidas jamais ocorrerão”.

Tem-se que uma interpretação literal do *caput* do art. 54, dissociada de seu § 3º, poderia gerar grandes dúvidas quanto aos atos passíveis de submissão perante o Cade. De outro lado, havia ainda a exigência de definição da participação no mercado relevante, o que apresentava grande complexidade.

Entretanto, com a entrada em vigor da Lei n.º 12.529/2011, os critérios foram totalmente alterados, apresentando-se requisitos mais objetivos, relacionados diretamente ao faturamento anual bruto dos agentes econômicos envolvidos. De acordo com Rodrigues e Araújo (2017, p. 37):

[.] a Lei exclui o critério de participação de mercado e apresenta limites mais objetivos para a obrigatoriedade de notificação, além de exigir que os limiares sejam atingidos por ambas as partes envolvidas na operação. Segundo o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, com valores atualizados pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, devem ser notificados ao CADE os atos de concentração, em qualquer setor da economia, em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões, e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

De forma simplificada, para determinar se dada operação de concentração deve ser submetida à apreciação perante o Cade, é preciso verificar, cumulativamente, se: (i) a operação consta no rol do art. 90, da Lei n.º 12.529/2011, e (ii) se os patamares de faturamento do art. 88, da referida legislação, atualizados pela Portaria Interministerial n.º 994/2012, foram alcançados (FORGIONI, 2015).

O art. 90, da Lei n.º 12.529/2011 (2018), define as espécies de operação de concentração submetidas ao crivo do Cade:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas,

títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Já o art. 88, da mesma Lei, prevê os parâmetros de faturamento a serem levados em consideração. Nesse sentido, o teor do art. 1º, da Portaria Interministerial 994/2012 (2018), responsável pela atualização dos referidos valores:

Art. 1º Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de: I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

Por fim, é imprescindível esclarecer que o § 7º, do art. 88, da Lei n.º 12.529/2011 (2018), prevê a possibilidade da autoridade antitruste brasileira requisitar a submissão de atos de concentração que não preencham os índices de jurisdição, no prazo de 1 ano a contar da respectiva data de consumação.

A clareza e a taxatividade inerentes ao novo texto permitem que o controle de estruturas se dê de forma mais eficiente, na medida em que o administrado pode identificar de modo inequívoco a necessidade de submissão do negócio jurídico perante a autoridade antitruste. Por outro lado, a redação do artigo pode reduzir a margem de interpretação do Cade, principalmente no que tange à desnecessidade de submissão de determinados atos que se enquadram nas exigências dos arts. 88 e 90, da Lei n.º 12.529/11, sem, contudo, apresentarem qualquer relevância concorrencial (CORDOVIL *et al*, 2011).

### ■ 3. A ALTERAÇÃO NO MODELO DE SUBMISSÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PERANTE O CADE – ADOÇÃO DO MODELO PRÉVIO

O controle estrutural da concorrência, o qual envolve a apreciação de atos de concentração cuja submissão perante o órgão antitruste é obrigatória, pode ocorrer de forma prévia ou posterior.

No modelo de submissão prévia, exige-se a submissão do ato de concentração a ser implementado ao crivo da entidade antitruste, com vistas a evitar alterações negativas do mercado. Ou seja, não se admite que as empresas implementem o ato de concentração sem a análise/aprovação prévia do Cade (CASTRO, 2012).

O sistema prévio de controle estrutural é adotado pelas maiores agências antitruste nos diversos países. Nos Estados Unidos da América (EUA), a *premerger notification* foi instituída em 1976, pelo *Hart-Scott-Rodino Act*, que prevê um período de espera a fim de viabilizar que as autoridades competentes colem e apreciem as informações relacionadas à operação de concentração a ser realizada (FORGIONI, 2015). Já na União Europeia (EU), o regulamento CE 139/2004 prevê a necessidade de notificação das concentrações de dimensão comunitária perante a Comissão, antes de sua realização (CASTRO, 2013).

Diferentemente, no que concerne ao controle posterior, a submissão e a análise do ato de concentração ocorrem após a realização do negócio jurídico, o que pode comprometer a efetividade da decisão a ser proferida pela autoridade antitruste (CORDOVIL *et al*, 2011). Tem-se que, ao contrário do que ocorre no modelo de submissão prévia, em que a notificação deve ser

anterior à consumação do ato de concentração, no sistema de controle *a posteriori*, as empresas realizam o ato de concentração, devendo notificar a autoridade antitruste no prazo determinado em lei.

Sob a vigência da Lei n.º 8.884/1994 (2018), o Brasil adotava um sistema misto, admitindo a submissão prévia ou posterior. Nesse sentido, o art. 54, § 4º, da referida Lei, dispõe que “Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, *previamente* ou no *prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização*, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE”.

Tal modelo era alvo de críticas, uma vez que a posterior rejeição do ato de concentração pelo Cade poderia ensejar a rescisão dos contratos já realizados. Nesse cenário, o modelo geraria insegurança jurídica, pois, mesmo após a consumação do ato de concentração, as partes estariam sujeitas à avaliação do órgão antitruste pátrio pelo prazo de 120 dias (SCHNEIDER, 2012). Havia, ainda, a possibilidade do ato de concentração gerar consequências anticoncorrenciais irreversíveis, bem como altos custos inerentes ao desfazimento do negócio reprovado.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 12.529/2011, o Brasil passou a adotar o modelo prévio do controle estrutural. O art. 88, § 2º, da Lei n.º 12.529/2011 (2018), dispõe que “O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será *prévio* e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda”. Segundo Forgioni (2015, p. 425), “A Lei é bastante clara ao afirmar, no §2º do art. 88, que o controle dos atos de concentração pelo CADE será *prévio* e que estes não poderão ser consumados antes de apreciados, sob pena de nulidade e multa pecuniária”.

A modificação no sistema de controle dos atos de concentração foi alvo de críticas e elogios. Quem defende o modelo de controle prévio, advoga no sentido de que não admitir o controle posterior evita a ocorrência de impactos econômicos irreversíveis no mercado (CASTRO, 2012). Por outro lado, há quem defenda que o controle prévio restringe a liberdade de iniciativa, presumindo a ilegalidade do ato (ANDRADE; PASSOS; MATTOS, 2017 *apud* CASTRO, 2013), além do problema relacionado ao tempo de espera pela decisão a ser despendido pelos agentes econômicos.

## ■ CONCLUSÃO

Como se depreende a partir da comparação apresentada, ao alterar os critérios de submissão, assim como o momento de notificação dos atos de concentração perante o Cade, a Lei n.º 12.529/2011 trouxe relevantes alterações ao cenário concorrencial brasileiro.

Se, sob a égide da Lei n.º 8.884/1994, os critérios de submissão não eram suficientemente objetivos, e a possibilidade de submissão posterior dos atos de concentração gerava insegurança jurídica, com a entrada em vigor na Nova Lei Antitruste, os agentes econômicos possuem critérios claros para fins de determinação da necessidade de submissão dos atos de concentração perante o Cade, assim como maior segurança jurídica quando da efetiva implementação de uma concentração (com a prévia anuência da autoridade antitruste).

Os avanços são notórios. Embora haja críticas às mudanças, não há como negar que, com a entrada em vigor da Lei n.º 12.529/2011, a atuação do Cade foi implementada, se tornando mais dinâmica e eficiente. Isso se deve às alterações já elencadas, as quais modificaram de forma substancial o controle estrutural da concorrência no Brasil.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. **Decreto n.º 9.266, de 15 de janeiro de 2018**. Altera o Decreto n.º 9.003, de 13 de março de 2017, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Fazenda, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE, e altera o Decreto n.º 9.075, de 6 de junho de 2017, que dispõe sobre a composição e as competências da Comissão de Financiamentos Externos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9266.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9266.htm). Acesso em: 03 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm). Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/seae>. Acesso em: 03 ago. 2018.

BRASIL. **Portaria Interministerial n.º 994, de 30 de maio de 2012**. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/@download/file/Portaria%20994.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2018.

CASTRO, Ramsés Maciel de. A responsabilização do conselho administrativo de defesa econômica na análise dos atos de concentração. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre, 2012, vol. 44, abr.- maio.

CASTRO, Ramsés Maciel de. Controle dos atos de concentração de empresas realizados no Brasil e em países economicamente mais desenvolvidos: justificativas para um regime normativo diferenciado no Brasil. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre, 2013, vol. 50, abr.-maio.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. vol. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COROVIL, Leonor *et al.* **A nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Eduardo Frade; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da lei n. 12.529/11: a defesa da concorrência avança no Brasil. *In*: **5 anos lei de defesa da concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. Coordenação: Eduardo Caminati Anders *et al.* IBRAC, 2017.

SCHNEIDER, Andressa C. **Aspectos do controle de atos de concentração e da tutela do consumidor: cotejo entre as leis 8.884/1994 e 12.529/2011**. Boletim latino-americano de concorrência, n.º 31, abr., 2012.



# O PAPEL DA BOLSA DE VALORES FRENTE AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A GESTÃO DE COMPLIANCE: ÍNDICE DE SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL - ISE

Ingrid Mônica Granemann Adamcheski

Júlia Maria de Moura

Renan Dolny Baptista

Beatriz Regina Branco

Waldemar Moreno Junior

**RESUMO:** O presente artigo tem como propósito principal lançar debate acerca de como o Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE, implantado na Bolsa de Valores, pode ser empregado como parâmetro, conforme as recomendações manifestadas no Pacto Global e nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, para fomentar preceitos para o desenvolvimento sustentável, através da aplicação das perspectivas em relação ao Meio Ambiente, Anticorrupção e Trabalho que estimulem a criação de premissas, regras e mecanismos de controle, implementados através de sistemas de Compliance. Premissas essas, sedimentadas em três princípios basilares – proteger, respeitar, reparar, assim descritas. A obrigação por parte do Estado de proteger os indivíduos contra abusos de terceiros e instituições privadas; a responsabilidade das corporações em respeitar os direitos humanos; o acesso das vítimas aos meios judiciais e extrajudiciais para reparar as violações sofridas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Compliance; B3; Índice de Sustentabilidade Empresarial ISE.

## ■ INTRODUÇÃO

Com o término da Guerra Fria, e conseqüente domínio do capitalismo no cenário mundial, as instituições privadas expandiram seu poder econômico, redefinindo sua importância e influência no cenário geopolítico internacional, de modo que a criação de um órgão que pudesse coordená-las de maneira a redefinir suas diretrizes tornou-se fundamental.

Neste contexto surgiu o Pacto Global, uma iniciativa para que as empresas alinhassem suas estratégias e operações a dez princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção, desenvolvendo ações que contribuíssem para o enfrentamento dos desafios da sociedade.

Alinhado aos esforços do Pacto Global, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos têm como base o estabelecimento de obrigações diferenciadas, porém complementares, entre os governos e as empresas. Foram fundados em três pilares essenciais, consistentes no dever dos Estados de proteger os direitos humanos e na responsabilidade corporativa de preservá-los, além da garantia ao acesso à justiça a aqueles que sofreram quaisquer violações de seus direitos.

Visando a aplicação prática das premissas contidas no Pacto Global e nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, surgiram os sistemas de compliance, que além de garantir que as empresas estejam em conformidade com as normas estabelecidas, proporcionam benefícios àquelas que as cumprem.

Tais privilégios possuem naturezas distintas, de modo em que podem representar um aumento na receita empresarial através da diminuição de riscos e prevenção de danos, tanto quanto impactar de forma positiva o rendimento das ações da sociedade por meio do atrativo que representa aos investidores.



A bolsa de valores, por ser o meio pelo qual as empresas de capital aberto negociam suas ações, é o espaço ideal para estimular as instituições que possuem uma gestão consciente e transparente, alinhada com os ideais instituídos.

## ■ 1. ONU, PACTO GLOBAL E PRINCÍPIOS ORIENTADORES

O rastro de destruição, e o imenso saldo de mortos existentes em razão das duas Grandes Guerras que assolaram o mundo, em especial a Europa, entre as décadas de 1910 a 1950, acabaram por gerar um sentimento misto de descontentamento a respeito do passado, e receio acerca do futuro, de modo que eram muitos os que temiam a repetição da história. (MORAIS, 2018).

Neste contexto, várias foram as tentativas de estabelecer acordos que controlassem os conflitos existentes entre as nações, entretanto, nenhuma destas investidas havia sido exitosa. Deste modo “(.) representantes de 50 países presentes à Conferência sobre Organização Internacional, que se reuniram em São Francisco de 25 de abril a 26 de junho de 1945.” (ONU, 2019), fundando a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de manter a paz e harmonia no cenário internacional.

Mesmo com os esforços dos países signatários, e da organização em si para manter a trégua entre as nações, as grandes diferenças ideológicas, econômicas e culturais, existentes entre as nações que emergiram como potências após o término da Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos e União Soviética, acabaram por gerar atritos que tornavam a manutenção da paz cada vez mais difícil. O historiador Maurice Crouzet, em sua obra História Geral das Civilizações(1960), explana que:

Desde o fim das operações militares na Europa e na Ásia, as desconfianças se agravavam, os mal-entendidos, as suspeitas se acumulavam de parte a parte: as oposições entre os aliados se aprofundaram e culminaram, em alguns anos, em um conflito que, em todos os domínios, salvo o das armas, assumiu o caráter de uma verdadeira guerra.

Desta forma, elucida que o único fator capaz de manter a cooperação entre potências com interesses tão antagônicos era a ameaça que o Terceiro Reich representava a ambas, de modo que com a queda deste, o cenário para um novo conflito estava predefinido.

A Guerra Fria foi um conflito político, militar, econômico, ideológico e social, que acabou por gerar uma corrida armamentista e espacial. Recebe essa denominação em virtude de que não houveram conflitos diretos entre as duas superpotências envolvidas, estas somente financiavam e apoiavam de forma direta e indireta aqueles dispostos a representar seus interesses (RIBERA, 2012).

Com a queda do Muro de Berlim, símbolo mais evidente da divisão existente entre a Alemanha Oriental e a Alemanha Ocidental naquele período, e o conseqüente domínio do capitalismo no cenário mundial, as instituições privadas expandiram seu poder econômico, redefinindo sua importância e influência no cenário geopolítico internacional, de modo que a criação de um órgão que pudesse coordená-las de maneira a redefinir suas diretrizes tornou-se fundamental. (ZANOTTI, 2015).

Neste cenário, a ONU lançou em 26 de julho de 2000, o Pacto Global, definido como:

Uma chamada para as empresas alinharem suas estratégias e operações a dez princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção e desenvolverem ações que contribuam para o enfrentamento dos desafios da sociedade (PACTO GLOBAL, 2019).

Apesar de apresentar diversas prerrogativas de atuação tidas como ideais, não pode ser considerado um código de conduta obrigatório, ou um conjunto de normas regulatórias, por não possuir uma natureza vinculante.

Isso se deve ao fato de que acordos, princípios ou resoluções que têm por objetivo definir diretrizes de enfrentamento à determinadas situações possuem caráter sugestivo, não dispondo do condão e nem dos meios de se sobrepor aos interesses individuais e a soberania dos países signatários. São comumente denominados de *Soft Law*, em razão de que eventuais descumprimentos em relação ao que havia sido acordado, não têm a capacidade de ensejar quaisquer espécies de sanção em relação aos transgressores (CASQUET, 2014).

Da mesma forma, apropriando-se da abordagem não vinculativa do Pacto Global, o Representante Especial do Secretário-Geral da ONU John Ruggie, propôs em 2008 ao conselho de Direitos Humanos da mesma instituição, os trinta e um princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos, que possuem três pilares como base, sendo estes o de proteger, respeitar e reparar (BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, 2019).

De acordo com o fragmento retirado do documento oficial que contém os princípios, publicado pela ONU em 2012: Os Estados têm a obrigação de impedir as violações aos Direitos Humanos por terceiros, inclusive organizações privadas. O que requer tomar as devidas providências para prevenir, investigar, punir e reparar tais abusos através de políticas efetivas, legislação, regulação e determinação (ONU, 2012). Ou seja, há uma obrigação por parte do Estado de proteger possíveis violações aos Direitos Humanos, adotando medidas adequadas para evitar e reprimir abusos. Do mesmo modo, a referida publicação indica que: As instituições privadas têm o dever resguardar os Direitos Humanos. Isso significa que devem evitar desrespeitar os Direitos Humanos de terceiros, assim como têm de remediar os impactos aos quais deram causa (ONU, 2012).

Desta maneira, entende-se que assim como o Estado possui o dever de proteger os Direitos Humanos, as empresas devem colaborar para tal esforço, tomando as devidas precauções para não tomarem parte em ofensas à tais direitos.

Ainda, elucida alguns aspectos no tocante à reparação de danos. Assim como o dever de evitar as violações dos Direitos Humanos relacionadas à atividade empresarial, os Estados devem tomar as providências necessárias para garantir, através de medidas judiciais, administrativas, legislativas e outras ações apropriadas, que quando tais abusos ocorrerem dentro de seu território e/ou jurisdição, aqueles afetados tenham acesso à reparação (ONU, 2012).

Deste modo, evidencia que nos casos extremos em que as medidas preventivas não tenham sido suficientes para evitar violações, o Estado deverá garantir através de todos os meios possíveis, que as compensações pelos danos sofridos ocorram de forma efetiva.

É possível inferir que a abordagem mais recente adotada pela ONU para buscar evitar que violações sejam perpetradas aos Direitos Humanos, tem como base os esforços conjuntos das instituições públicas e privadas, alinhadas sob três elementos basilares; proteger, respeitar e reparar.

Entretanto, levando em consideração que tanto o Pacto Global como os Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos constituem-se como iniciativas voltadas às boas práticas negociais, de forma não obrigatória (*soft law*), são frequentes os casos em que as instituições privadas ignoram as premissas de desenvolvimento sustentável, em virtude de que estar em conformidade com tais parâmetros não é conveniente do ponto de vista financeiro (AKATU, 2011).

## ■ 2. COMPLIANCE E SEUS BENEFÍCIOS

Nesse passo, com o intuito de estimular que as instituições cumpram as premissas estabelecidas, surgiu o Compliance, definido como um “(.) conjunto de medidas e procedimentos com o objetivo de evitar, detectar e remediar a ocorrência de irregularidades, fraudes e corrupções.”

(DONELLA, 2019), englobando todas as políticas de controle interno e externo, assegura que a empresa atue em conformidade com as normas vigentes, proporcionando benefícios em todos os âmbitos, em especial o econômico.

Muitos são os benefícios decorrentes da implantação dos sistemas de compliance, além de reduzir o possível prejuízo decorrente da corrupção entre seus colaboradores, e do descumprimento de normas tributárias, ambientais ou trabalhistas. Um de seus maiores atrativos é o reflexo econômico positivo que advém da visibilidade que possuir tais diretrizes gera em relação aos investidores, o que resulta em uma maior valorização das ações das referidas instituições.

De acordo com Tiago Reis (2018) “Implementar uma gestão transparente e alinhada com os acionistas são medidas que valorizam uma empresa perante seus investidores (.)” em vista disso, a bolsa de valores é o local mais adequado para incentivar as empresas de capital aberto que implementam uma gestão consciente e transparente para negociarem suas ações, situando-as em um padrão diferenciado em relação a seus concorrentes, tendo em vista o significativo diferencial que tal fator representa (DINO, 2019).

### ■ 3. B3: UMA EXPRESSÃO DOS BENEFÍCIOS ECONÔMICOS DO COMPLIANCE

No Brasil, a B3 (grafado como [B]<sup>3</sup> em referência ao nome Brasil, Bolsa, Balcão) que é a Bolsa de Valores oficial do país, cujo índice utilizado para a cotação das ações é o Ibovespa, originou-se a partir da fusão da Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo (BVM&FBOVESPA) e a Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP), se tornando o quinto maior mercado de ações financeiro do mundo, com um patrimônio aproximado de US\$ 13 bilhões (MOREIRA, 2017).

É tido como o “Novo Mercado”, por ser comprometido à questões referentes ao desenvolvimento sustentável, em razão de que adotou um espaço de negociação, com o propósito de valorizar as boas práticas mercantis e proporcionar vantagens econômicas às empresas que detém os melhores índices de governança corporativa (conjunto de processos, costumes e leis que norteiam a forma como uma organização é administrada) (REIS, 2018).

Dentro deste Novo Mercado, existem índices que norteiam as condutas a serem seguidas em relação ao desenvolvimento sustentável, para que as empresas que agem de acordo, possam receber vantagens econômicas. O índice mais utilizado para avaliar o desempenho de tais instituições, é o Índice de Sustentabilidade Empresarial - ISE (WILTGEN, 2019).

De acordo com o próprio website da B3, o ISE pode ser considerado como:

Uma ferramenta para análise comparativa da performance das empresas listadas na B3 sob o aspecto da sustentabilidade corporativa, baseada em eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social e governança corporativa (ISE B3, 2019).

Desta maneira, foi considerada uma iniciativa pioneira da América Latina, tendo sido iniciada em São Paulo, no ano de 2015, “(.) busca criar um ambiente de investimento compatível com as demandas de desenvolvimento sustentável da sociedade contemporânea e estimular a responsabilidade ética das corporações (.)” (ISE B3, 2019)

De acordo com o site oficial da bolsa,

As empresas interessadas em participar do processo se inscrevem por meio eletrônico e recebem acesso ao sistema on-line, onde receberão mais instruções e responderão ao questionário que serve de base para o processo de avaliação(.) (ISE B3, 2019).

À vista disso, as organizações que pretendem integrar o Índice de Sustentabilidade Empresarial da B3, devem participar de um processo seletivo anual, que elegerá as empresas que

ingressarão na carteira do ano seguinte, as quais serão avaliadas de acordo com a implantação dos parâmetros estabelecidos pelo índice.

É neste sentido que expõe a página virtual da instituição, “A mais recente carteira do ISE B3 foi anunciada em 29 de novembro de 2018 e vigora no período de 07 de janeiro de 2019 a 03 de janeiro de 2020. A atual carteira do índice reúne 33 ações de 28 companhias.” (ISE B3, 2019).

O principal atrativo que faz com que as empresas de capital aberto submetam-se ao referido processo seletivo, e busquem agir de acordo com o Pacto Global e os Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos, é o elevado rendimento que apresenta em relação ao Ibovespa, sendo cerca de 25% (vinte e cinco por cento) superior de acordo com o próprio site da instituição (KOVALICK, 2019).

Deste modo, o papel da bolsa de valores frente ao desenvolvimento sustentável e a gestão de compliance, é estimular que as instituições privadas hajam de acordo com as diretrizes constantes ao Pacto Global e aos Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos, de modo a conferir vantagens econômicas por meio do ISE, àquelas que as cumprem.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi apresentado, percebe-se que as instituições privadas frequentemente agiam de forma indiferente às premissas estabelecidas pelo Pacto Global e os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, em virtude de que por não serem normas obrigatórias, nenhuma espécie de sanção poderia ser aplicada.

Da mesma forma, diversas empresas acabavam ignorando os conceitos de desenvolvimento sustentável, visto que estar em conformidade com tais parâmetros não era conveniente do ponto de vista financeiro. O descaso com o cumprimento dos princípios estabelecidos pela ONU tornou necessário a criação de um segmento que valorizasse, no sentido econômico, suas aplicações.

A bolsa de valores é o ambiente com mais estímulo para a execução de boas práticas, sendo o local onde as empresas de capital aberto negociam suas ações, é o espaço ideal para reconhecer a rentabilidade que os sistemas de compliance e desenvolvimento sustentável trazem.

É por meio da B3, maior bolsa de valores do Brasil, que as instituições ingressam, através de um processo seletivo, no Índice de Sustentabilidade Empresarial. O ISE busca valorizar o comprometimento das corporações com o desenvolvimento sustentável, proporcionando maior visibilidade perante os investidores, e, conseqüentemente, maior rentabilidade.

Sendo assim, a gestão de compliance, que faz com que as empresas ajam de acordo com as diretrizes estabelecidas no Pacto Global e nos Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos, possui aplicação prática principalmente através das excepcionais vantagens proporcionadas na bolsa de valores.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKATU, Instituto. Construção: um desafio para o desenvolvimento sustentável. 2011. Disponível em: <<https://www.akatu.org.br/noticia/construcao-um-desafio-para-o-desenvolvimento-sustentavel/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

ALMEIDA, Vinicius Nóbile de. Governança Corporativa: o que é, para que serve e quais os benefícios. 2018. Disponível em: <<https://www.euax.com.br/2018/05/entenda-o-que-e-governanca-corporativa/>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE (Ed.). UN “Protect, Respect and Remedy” Framework and Guiding Principles. 2015. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/un-secretary-generals-special-representative-on-business-human-rights/un-protect-respect-and-remedy-framework-and-guiding-principles>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

CAOVILLA, Renato Vieira. Benefícios Práticos do Compliance. Migalhas. São Paulo, p.1-6. 10 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261662,71043-Beneficios+praticos+do+compliance>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

CASQUET, Andréia Cristina Bezerra. Soft Law é essencial para regulação das sociedades empresariais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-28/andreia-casquet-soft-law-essencial-regulacao-sociedades>>. Acesso em: 13 nov 2019. 6. CROUZET, Maurice. História Geral das Civilizações. 3. ed. São Paulo: Difusora Européia, 1960. 17 v.

DINO (São Paulo) (Ed.). Mercado Exige Medidas Sustentáveis e Empresas e Paga por Isso. 2019. Disponível em: <<https://www.mundodomarketing.com.br/noticias-corporativas/conteudo/193325/mercado-exige-medidas-sustentaveis-de-empresas-e-pagapor-isso>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

DONELLA, Geovana. O que significa Compliance? Disponível em: <<https://capitalaberto.com.br/secoes/explicando/o-que-e-compliance/>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

EMPRESAS e Direitos Humanos: PARÂMETROS DA ONU PARA PROTEGER, RESPEITAR E REPARAR RELATÓRIO FINAL DE JOHN RUGGIE - REPRESENTANTE ESPECIAL DO SECRETÁRIO-GERAL. PARÂMETROS DA ONU PARA PROTEGER, RESPEITAR E REPARAR RELATÓRIO FINAL DE JOHN RUGGIE REPRESENTANTE ESPECIAL DO SECRETÁRIO-GERAL. São Paulo: Conectas, 2013. 28 p. 10. ISE B3 - São Paulo. Como participar. 2017. Disponível em: <<http://iseb3.com.br/como-participar>>. Acesso em: 13 nov. 2019. 11. ISE B3 - São Paulo. O que é o ISE B3. 2017. Disponível em: <<http://iseb3.com.br/o-que-e-o-ise>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

KOVALICK, Roberto. Para ganhar dinheiro com mais tranquilidade a Bolsa, abrace uma árvore: Desempenho do Ibovespa e do ISE. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/10/para-ganhar-dinheiro-com-mais-tranquilidade-na-bolsa-abrace-uma-arvore.ghtml>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

MORAIS, Pâmela; CALIXTO, Luiza. A Segunda Guerra Mundial e seus impactos a nível global. 2018. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/segunda-guerra-mundial/>> Acesso em: 13 nov 2019.

MOREIRA, Marli. Fusão entre BM&FBovespa e Cetip cria a B3, 5ª maior bolsa de valores do mundo. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-03/fusao-entrebmfbovespa-e-cetip-cria-b3-5a-maior-bolsa-de-valores-do-mundo>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

PACTO GLOBAL. A Iniciativa. 2017. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>>. Acesso em: 02 nov. 2019. PROCEEDINGS FROM THE OECD GLOBAL FORUM ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 2004, Paris. Economic Aspects of Environmental Compliance Assurance. Paris: Oecd Publisher, 2004. 176 p. 17.

REIS, Tiago. Novo Mercado: Classificando ações através da sua governança corporativa Fonte: Suno Research em Novo Mercado: As empresas com maior governança corporativa na bolsa. 2018. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/novo-mercado/>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

REIS, Tiago. O que é o novo mercado? 2018. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/novo-mercado/>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

RIBERA, Ricardo. A Guerra Fria: Breves Notas para um Debate. 2012. 25 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Unesp, São Paulo, 2012.

WILTGEN, Julia. Você já ouviu falar em Novo Mercado? Conheça os níveis de governança da bolsa 2019. Disponível em: <<https://www.seudinheiro.com/novo-mercado-e-niveis-de-governanca-corporativa-da-bolsa/>> Acesso em: 13 nov 2019.

ZANOTTI, Laura. Governmentalizing the Post–Cold War International Regime: The UN Debate on Democratization and Good Governance. 2015. 80 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Law, Virginia Polytechnic Institute And State University, Boston, 2015.



# A RESPONSABILIDADE DOS “PRESTADORES DE SERVIÇOS DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO” EM RELAÇÃO ÀS INFRAÇÕES DE DIREITOS AUTORAIS DA INTERNET FRENTE A DIRETIVA 2016/0280 (COD) PROPOSTA NA UNIÃO EUROPEIA

Matheus de Lucas Theis Poerner<sup>153</sup>  
 Patrícia de Oliveira Areas<sup>154</sup>

**RESUMO:** O presente projeto tem como escopo a análise da responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade de informação em casos de violações de direitos autorais na internet contida na proposta legislativa apresentada na União Europeia em 2016, que objetiva instituir o mercado único digital. Para tanto, em primeiro plano, o artigo fará uma breve contextualização das infrações de direitos autorais na internet, bem como analisar o surgimento da Diretiva 2016/0280 (COD) na União Europeia frente à diretiva já existente. Após, será feita ponderações acerca do artigo da diretiva que trata da responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade de informação e a forte crítica em torno dela. Ao fim, diante da última alteração ocorrida na diretiva, será feito um paralelo de como era tratada a responsabilidade e como está posto atualmente.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito Internacional. Direito Autoral. União Europeia.

## ■ INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia da informação e comunicação vem provocando grandes transformações na sociedade. Entre elas, o rompimento das fronteiras, principalmente com o uso da internet. Assim, esse maior acesso à informação fez com que as utilizações transnacionais impulsionassem novas oportunidades de acesso dos consumidores as obras de autoria protegidas. Com isso, surgiu uma demanda maior por regulamentação e supervisão para reconhecer e proteger os direitos de criadores individuais e das plataformas online, frente às infrações cada vez mais recorrentes.

Contudo, muitas vezes a sociedade não tem acompanhado tais avanços tecnológicos, principalmente no que tange ao respeito dos direitos já presentes no mundo análogo. Pensando nisso, o direito, de forma gradual, vem buscando regular as relações entre as plataformas e os seus usuários, principalmente na União Europeia.

Nessa senda, a comunidade europeia no ano de 2016, propôs a Diretiva 2016/0280 (COD) com o intuito de trazer um Mercado Único Digital, como forma de adaptação da legislação vigente às mais diversas evoluções tecnológicas, tratando, principalmente, da responsabilidade das plataformas online nas infrações de direito autoral na internet.

Dessa forma, pretende-se delimitar a forma de responsabilização das plataformas online, tema polêmico e complexo, uma vez que trata de um novo paradigma de verticalização da responsabilidade das plataformas online. Assim, as plataformas necessitam adotar um papel ativo na busca de identificar as obras protegidas e impedir o seu compartilhamento de forma ilícita, sob

<sup>153</sup> Graduando do Curso de Direito da Univille, pesquisador voluntário no projeto de pesquisa INAEDI, e-mail: matheuspoerner@gmail.com

<sup>154</sup> Professora Doutora do Curso de Direito da Univille e do Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade, coordenadora do projeto de pesquisa PCIS e integrante do projeto de pesquisa INAEDI, e-mail: patricia\_areas@univille.br



pena de ser-lhe imputado a responsabilidade. Ademais, nessa ótica, cumpre avultar a forma que a diretiva impacta todo o território da União Europeia, haja vista a forma de instituição daquele bloco econômico.

Tais fatos vem com muitos debates, cercado de intensos conflitos, principalmente advindo entre a relação autores de obras protegidas e plataformas on-online. Reflexo de tais conflitos e a nova alteração da Diretiva aprovada em maio de 2019, trazendo mudanças significativas em todo o seu texto, principalmente no que concerne as formas de responsabilização das plataformas online.

Nesse sentido, conforme explanado, o trabalho ajudará no processo de esclarecimento de externalização dos pontos positivos e negativos no que diz respeito a forma de responsabilização dos prestadores de serviços da sociedade de informação por infrações de direitos do autor na internet diante da proposta da Diretiva 2016/0280 (COD) e a sua nova atualização.

## ■ 1. IMPACTOS DA DIRETIVA NO QUE SE REFERE A RESPONSABILIDADE DAS PLATAFORMAS ONLINE

Com a intensificação da globalização e com a evolução das tecnologias digitais, se alterou a forma como se distribui, produz e explora as obras protegidas pelo direito autoral. Ainda, nesse contexto, surgiram novos intervenientes e novos modelos empresariais.

Desta forma, no âmbito da União Europeia, em meio a essas transformações, surtiu diversas diretivas a fim de uniformizar as regras de proteção e utilização das obras aos seus Estados-Membros, trazendo conceitos e pontos próprios. Nesse contexto, é importante destacar os pontos distintos no que se refere aos impactos na forma de instituir a responsabilidade das plataformas on-line da diretiva vigente e da diretiva proposta em 2016.

### 1.1 Crimes digitais: infrações de direito autoral

Ao abordar a temática dos crimes digitais, importante ressaltar o desenvolvimento da tecnologia, principalmente a internet, esta última verificado como um mecanismo que integraliza uma gama enorme de computadores do mundo inteiro, permitindo acesso a uma quantidade imensurável de informações. Desta forma, anulando qualquer distância de lugar e tempo. (PAESANI, 2014, p. 11).

Nessa perspectiva, o aumento da globalização intensificou a transmissão de informações, possibilitando acesso de qualquer pessoa a qualquer lugar do planeta, instituindo uma evolução social:

Há, ainda, uma terceira significativa mudança da evolução social. Trata-se do progressivo contato dos cidadãos do mundo, que pode ser verificado em todos os âmbitos sociais. Os meios de transporte e as redes internacionais de telecomunicação propiciam relações mais fluidas, constantes e diretas, ainda que fisicamente distantes. Eis uma nova leitura e interpretação do espaço, das distâncias, das fronteiras nacionais. (CRESPO, 2011, p. 30).

Nessa mesma lógica, o desenvolvimento tecnológico tornou a sociedade mais informatizada, formando, ainda, a Sociedade da Informação cujas:

[.] características são a maior importância aos bens imateriais, como é o caso da propriedade intelectual, do segredo industrial e de depósitos em dinheiro, de modo que a informação passou a não ter apenas mais valor, mas tornou-se fato de poder e de perigos potenciais. (CRESPO. 2011, p. 27).

Outrora, ao mesmo tempo em que se revolucionou a tecnologia na esfera digital, não haveria de ser diferente com a criminalidade, em que foi se tornando mais presente neste meio. Assim, embora a evolução e intensificação da internet tenha propiciado vantagens sociais e econômicas diversas, ao mesmo tempo “[.] revela-se como um emaranhado perverso, no qual se torna possível o risco de ser aprisionado por uma descontrolada elaboração eletrônica” (PAESANI, 2014, p. 21).

No âmbito internacional, mais especificadamente na União Europeia, a fim de buscar regularizar os crimes cometidos por meio da Internet, instituiu-se A Convenção de Budapeste, de 23 de novembro de 2001, do Conselho da Europa sobre Criminalidade Informática, entrando em vigor no dia 1º de julho de 2004, que:

[.] representa o primeiro acordo internacional sobre crimes cometidos por meio da Internet ou redes informáticas e tem como objetivo estabelecer uma política comum entre os Estados-membros mediante a adoção de uma legislação apropriada, que permita tratar o crime informático de maneira coordenada. (PAESANI, 2014, p. 25)

Desta forma, urge destacar um dos crimes que ganhou grande relevância com o advento da sociedade da informação, qual seja as infrações de direito do autor, ou seja, aquelas infrações que tem como bem tutelado a propriedade intelectual.

Num aspecto histórico, a propriedade intelectual apenas ganhou espaço na época da Renascença que se buscou revigorar o gosto pela arte, algo que havia se perdido ao longo da Idade Média. Segundo Paranaguá e Branco (2003, p. 15) nesse período, com a invenção da tipografia, teve-se a popularização dos livros, algo que trouxe grande temor para as classes dominantes, principalmente a Igreja e pela Monarquia, de perder o monopólio das informações. Ainda, nessa mesma linha, pontua o autor que:

Com o passar do tempo, os livreiros começaram a obter lucro com sua atividade, mas continuaram a remunerar os autores de maneira exígua. Os autores, por sua vez, passaram a entender que eram detentores de direitos que mereciam ser protegidos. Foi nesse cenário de temor por parte das classes dominantes em razão das ideias que poderiam vir a ser veiculadas, de insatisfação dos livreiros, que vieram suas obras serem copiadas sem licença, e também dos autores quanto à remuneração recebida que surgiram os primeiros privilégios. (PARANAGUÁ e BRANCO, 2003, p. 16).

De tempo, foi na França, após a Revolução, que houve a regulação dos direitos relativos à propriedade de autores, tais como de obras literárias, musicais e artes plásticas. Mas, somente em 1886 surge a primeira diretiva para regular, de forma ampla, os direitos de autor. (PARANAGUÁ e BRANCO, 2003, p. 17).

## 1.2 Artigo 14 da Diretiva 2000/31/CE

Como dito alhures, o desenvolvimento da informática e das telecomunicações, a transferência de conteúdos informativos, de multimídia, se tornou a base do crescimento exponencial. Portanto, urge uma exigência de normalização que levanta uma série de questões jurídicas. (PEREIRA, 2000, p. 2).

Numa visão geral, a primeira tentativa de trazer uma segurança jurídica aos provedores de internet se deu em 1996, por meio do *Copyright Treaty* da *World International Property Organization* (WIPO) em que “[.] sugeriu que os provedores on-line não deveriam ser diretamente responsabilizados por simplesmente promover e facilitar a comunicação aos terceiros infratores.”

(BARRETO JUNIOR e LEITE, 2017, p. 405). Ainda, houve a aprovação em 1996 e 1998 do *Communications Decency Act* (CDA) e o *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), respectivamente. (BARRETO JUNIOR e LEITE, 2017, p. 406).

No âmbito da União Europeia, Pereira (2000, p. 29) aponta que com o intuito de proporcionar a confiança do consumidor e a segurança jurídica, bem como assegurar a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre os Estados-Membros, constituindo a liberdade de expressão, a diretiva 2000/31/CE busca abarcar um quadro geral claro, que abranja certos aspectos legais do comércio eletrônico no mercado interno. Assim, para alcançar tal feito, a diretiva:

[.] visa alcançar isto de duas formas. Em primeiro lugar, visa eliminar os obstáculos jurídicos que impedem o desenvolvimento do comércio electrónico no mercado interno. Ao mesmo tempo, visa também reforçar a segurança jurídica, garantindo a confiança do consumidor no comércio electrónico. A diretiva identifica o desenvolvimento do comércio electrónico como um fator crucial para o crescimento económico e a inovação das empresas europeias, o que, por sua vez, aumentaria a competitividade das indústrias europeias. Para além de estimular o crescimento do mercado único digital, podem extrair-se duas justificações adicionais do texto da diretiva: garantir a liberdade de expressão e incentivar a regulação do conteúdo pelos intermediários da Internet. (PEREIRA, 2000, p. 29).

Nesse sentido, a diretiva visa estabelecer a forma de responsabilidade dos prestadores de serviços<sup>155</sup> na sociedade da informação, no que consiste no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço<sup>156</sup>.

Dessa forma, a fim de assegurar um mercado seguro para a atividade econômica, tanto para os prestadores de serviços, bem como pelo público da internet, a diretiva de um lado evitou a responsabilização dos prestadores de serviços por conteúdo de terceiros, mas ao mesmo tempo a Comissão Europeia reconheceu o papel que as plataformas online poderiam desempenhar na limitação do conteúdo ilegal. (KUCZERAWY, 2019, p. 3).

Nessa celeuma, a diretiva implementou um mecanismo de isenção de responsabilidade para os prestadores de serviços, seja em crimes como infrações de direitos autorais, difamação, conteúdo prejudicial a menores, práticas comerciais desleais, etc., devendo, para tanto, ser observado os requisitos para a possibilidade de invocar a isenção, sendo que:

If the conditions are not met, it does not mean that the intermediary automatically becomes liable. Rather, the intermediary can no longer rely on the immunity provided by the ECD. The question of liability is then determined under the applicable material law specific to the type of infringing content in each Member State. All three safe harbours provide that the liability exemption does not affect the possibility of a court or administrative authority to issue an injunctive order on the providers of the services to terminate or prevent an infringement. Injunctions, however, are left to the regulation of national law<sup>157</sup>. (KUCZERAWY, 2019, p. 4).

Mormente a possibilidade de se beneficiar da isenção, segundo a diretiva, um dos requisitos mais importante é a neutralidade dos prestadores de serviços. Nesse sentido, têm-se que os serviços sejam processados de forma puramente técnica e automática dos dados fornecidos em sua plataforma por seus destinatários. Fora a isso, quando uma plataforma apresenta um serviço ativo, suscetível de lhe facultar um conhecimento ou um controle destes dados, não haveria

<sup>155</sup> Segundo a diretiva 2000/31/CE, em seu artigo 2, alínea “b”, o conceito de prestador de serviços é: qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste um serviço do âmbito da sociedade da informação. (EUR-Lex, 2000)

<sup>156</sup> Segundo a diretiva 2000/31/CE, em seu artigo 2, alínea “d”, o conceito de destinatário do serviço é: qualquer pessoa, singular ou coletiva, que, para fins profissionais ou não, utilize um serviço da sociedade da informação, nomeadamente para procurar ou para tornar acessível determinada informação. (EUR-Lex, 2000)

<sup>157</sup> Tradução livre: Se as condições não forem atendidas, isso não significa que o intermediário não torne automaticamente responsável. Em vez disso, o intermediário não pode mais confiar na imunidade fornecida pela Diretiva do E-Commerce (DEC). A questão da responsabilidade é então determinada de acordo com a lei material aplicável específica ao tipo de conteúdo infrator em cada Estado-Membro. Todos os três pontos seguros estabelecem que a isenção de responsabilidade não afeta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa emitir uma ordem cautelar aos prestadores dos serviços para encerrar ou impedir uma infração. As injunções, no entanto, são deixadas à regulamentação do direito nacional.

a possibilidade de invocar a isenção de responsabilidade prevista no artigo 14 da diretiva do E-Commerce<sup>158</sup>. (INFOCURIA, 2011).

De outro norte, importante fazer um adendo em relação ao artigo 15 da diretiva vigente, a qual coloca a ausência de obrigação geral de vigilância, ou seja, os Estados-Membros não importarão vigilância sobre as informações transmitidas e armazenadas pelos prestadores de serviços, ou, ainda, uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes. Essa lógica, segundo Kuczerawy (2019, p. 5) estaria ligada ao não entrave do paradigma de responsabilidade limitada, em que os intermediários que buscam ativamente as infrações, podem não ser mais consideradas neutras e passivas, por natureza. Além disso, havendo a obrigação geral de monitoramento poderia levar à censura e, conseqüentemente, ter um impacto negativo no que diz respeito a liberdade de expressão.

### 1.3 Artigo 13 da Diretiva 2016/0280 (COD)

Em 2016 o Parlamento Europeu, órgão legislativo da União Europeia (UE), apresentou a proposta legislativa que mudaria as regras dos direitos de autor no âmbito daquela. Referida proposta foi apresentada com 24 artigos, tendo como justificativa a apresentação do Mercado Único Digital. Isso porque, muito embora as regras atuais europeias que dizem respeito aos direitos do autor buscam a integralização e uniformização, ainda se baseiam numa dimensão territorial. Assim, a ideia do Mercado Único Digital é a criação de um mercado transfronteiriço isentos de direitos nacionais e/ou barreiras territoriais. (THIEC, 2016, p. 13).

Ainda, a diretiva busca favorecer um mercado de direito de autor justo e que funcione corretamente, em que se tenha um mercado mais propício para os autores, indústrias criativas e imprensas. Além disso, busca reforçar “[.] a capacidade dos titulares de direitos de negocia e de ser remunerados pela exploração em linha dos seus conteúdos em plataformas de partilha de vídeos.” (LIZ, 2017, p. 120).

Desta forma, a diretiva, em seu artigo 13, determinou a responsabilidade dos prestadores dos serviços da sociedade de informação<sup>159</sup> no que concerne as infrações de direitos autorais.

A importância do artigo 13, conforme salienta Thiec (2016, p. 18), está no fato de impor a necessidade de negociar acordos com os titulares dos direitos para utilização das suas obras. Assim, colocaria um papel ativo da plataforma, afastando a possibilidade do uso da isenção de responsabilidade prevista no artigo 14 da diretiva do E-Commerce (2000/31/CE). Em vista disso, pela proposta da diretiva, há uma sugestão dos provedores de serviços de se tornarem os principais responsáveis pelas infrações de seus usuários, sendo que, para se protegerem, terão que entrar em acordos com detentores de direitos que cobririam uma ampla variedade de conteúdo. (KUCZERAWY, 2019, p. 10).

Nesse sentido, o artigo 13 em seu parágrafo 1º prevê medidas adicionais as plataformas online, ao passo que estas devem tomar medidas em cooperação com os titulares de direitos para impedir a disponibilidade de obras protegidas e identificadas pelos seus titulares em seus serviços. Para tanto, há de ter uma prestação por ambos os lados, em que:

Platforms would be responsible for providing information on the technologies used, the way they are operated and their success rate for the recognition of rightholders' content. Rightholders, on the other hand, would have to provide the necessary data to allow recognition of their content<sup>160</sup>. (THIEC, 2016, p. 19).

<sup>158</sup> CJEU, L'Oréal v. eBay, Caso C324/09, 12 julho 2011, parágrafo 111.

<sup>159</sup> Segundo a proposta da diretiva, se entende como prestadores de serviços na sociedade de informação aqueles que armazenam e permitem acesso a grandes quantidades de obras e outro material protegido carregados pelos seus utilizadores. (EUR-Lex, 2016).

<sup>160</sup> Tradução livre: As plataformas seriam responsáveis por fornecer informações sobre as tecnologias usadas, a forma como são operadas e sua taxa de sucesso pelo reconhecimento do conteúdo dos titulares de direitos. Os titulares de direitos, por outro lado, teriam que fornecer os dados necessários para permitir o reconhecimento de seu conteúdo.

Ainda, uma outra medida imposta pelo artigo 13 são as tecnologias de reconhecimento de conteúdo, ou seja, uma medida para reconhecer conteúdo infrator em uma plataforma. Tal entendimento é apoiado pelo *Annex 12A of the Impact Assessment (SWD (2016) 301 final)*, o qual fornece “*General Information on and Examples of Content Identification Technologies*”. Assim, se esclarece que:

The Annex explains that there are two main types of content recognition technologies: “fingerprinting” and “watermarking”. The first one relies on databases of all fingerprinted content against which every newly uploaded piece of content is checked. If a match is made, the new content is removed or access to it is blocked. The second one works the opposite way. Only content with an imprinted watermark is allowed through the system. To serve their purpose, both technologies require checking all newly uploaded content and comparing it with an existing database. This amounts to installing upload filters by the service providers<sup>161</sup>. (KUCZERAWY, 2019, p. 10).

Desta forma, percebe-se que o implemento desta obrigação vai contra o disposto no artigo 15 da diretiva vigente (2000/31/CE) que proíbe os prestadores de serviços de aplicarem obrigações gerais de monitorização. Tal proibição, segundo Thiec (2016, p. 20), se revela ao fato da derivação da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, que salvaguardam os dados pessoais e a liberdade de expressão e informação. Desta forma, estaria o artigo 13 da diretiva proposta em desrespeito aos direitos humanos dos usuários da internet.

Outrossim, com as mudanças significantes trazidas pela nova proposta, foi trazido discussões e diversas críticas quanto a aplicabilidade do artigo 13, como por exemplo a pontuada pela autora Kuczerawy (2019, p. 17), momento em que coloca o temor em relação as pequenas plataformas, vez que não poderiam pagar por sofisticados mecanismos de filtragem, bem como poderá levar a censura.

#### 1.4 Atual modificação da Diretiva

Após intensos debates, em maio de 2019 houve alteração significativa no texto legal da Diretiva 2016/0280 (COD), principalmente na forma de responsabilização das plataformas online, sendo apresentada como Diretiva (UE) 2019/790. (EUR-lex. 2019).

Nesse sentido, ao tratar do assunto, o artigo 17 pontua a aplicabilidade da benesse conferida no artigo 14 da Diretiva 2000/31/CE para as plataformas online. Assim, o seu texto condiciona a não aplicabilidade da isenção de responsabilidade aos prestadores de serviços responsáveis pelos atos de comunicação ao público ou colocação à disposição do público das obras em que não há concessão da autorização dos detentores de direitos autorais. (EUR-lex. 2019).

Todavia, referida condição apresenta exceções. Assim, os prestadores de serviços que provarem determinadas condições, tais como os esforços para obter a concessão de autorização, efetuarem diligências para segurar a indisponibilidade de obra protegida, desde que os titulares da obra protegida forneçam as plataformas informações necessárias e agirem com diligência

<sup>161</sup> Tradução livre: O anexo explica que existem dois tipos principais de tecnologias de reconhecimento de conteúdo: “impressão digital” e “marca d’água”. O primeiro baseia-se em bancos de dados de todo o conteúdo das impressões digitais, nos quais todos os conteúdos recém enviados são verificados. Se uma correspondência for feita, o novo conteúdo será removido ou acesso a ele será bloqueado. O segundo funciona da maneira oposta. Somente o conteúdo com a marca d’água impressa é permitido pelo sistema. Para atender a seu objetivo, ambas as tecnologias exigem a verificação de todo o conteúdo recém carregado e a comparação com um banco de dados existente. Isso significa instalar filtros de upload pelos prestadores de serviços.

para bloquear acesso ou retirar, após o recebimento de recepção de aviso fundamentado, terão a aplicabilidade da isenção de responsabilidade.<sup>162</sup>

Nessa celeuma, buscando preservar o fomento econômico com o incremento de novos prestadores de serviços, a atual modificação da diretiva visa trazer um mecanismo de aplicação de suas regras um pouco diferenciado, em que:

[...] o regime específico aplicável aos novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha com um volume de negócios anual inferior a 10 milhões de euros, cujo número médio mensal de visitantes singulares na União não excede 5 milhões, não deverá prejudicar a disponibilidade de vias de recurso ao abrigo do direito nacional e do direito da União. (EUR-lex. 2019/790, §66, p. 16).

Cabe ressaltar que a atual modificação retira a obrigação de monitoramento elencada na proposta inicial da Diretiva, em que a sua aplicação, na íntegra, não implica nesse dever geral de monitorização. Assim, tal fato busca preservar os ditames de um Estado democrático pautado na liberdade de expressão e não censura, direitos estes protegidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. (EUR-lex. 2019).

## ■ CONCLUSÃO

As evoluções tecnológicas trouxeram desafios para as relações entre as plataformas online e os seus usuários. Ao mesmo tempo em que se tornou um meio eficaz para trocas de conhecimentos e informações, derrubando as fronteiras entre países, intensificou os crimes digitais, em específico os referentes da propriedade intelectual, trazendo uma necessidade maior da atuação do Direito para regular essas questões.

Destarte, impera um grande conflito entre os titulares de obras protegidas e as plataformas online, uma vez que de um lado há argumentos que demonstra a falta de remuneração justa aos titulares e do outro lado um desequilíbrio em querer imputar responsabilidade por conduta que são realizadas pelos usuários das plataformas e não por elas.

Nessa esteira, a União Europeia embora tenha buscado atualizar sua legislação no que concerne a responsabilidade das plataformas online por crimes de direitos autorais com a Diretiva 2016/0280 (COD), trouxe intensos debates e críticas, uma vez que não mostrou equidade nas relações entre plataforma e usuários.

Isso porque, sem trazer meios isonômicos, distribuiu a responsabilidade de forma abrupta para as plataformas online, uma vez que estas devem realizar acordos com os titulares, bem como buscar meios de realizar os monitoramentos das postagens por seus usuários, o que seria propício a censura.

Em face dessa realidade, em maio de 2019 a União Europeia modificou sua Diretiva, passando a ser conhecida como (UE) 2019/790. Por ser uma mudança recente muito ainda há de ser analisado e discutido. Contudo, de uma análise em seu artigo 17, o qual trata da responsabilidade das plataformas online, percebe-se que se mostra mais justa em relação aos titulares e as plataformas online, buscando imputar a responsabilidade as plataformas, mas trazendo exceções equilibradas.

Verifica-se que o Direito está buscando se aperfeiçoar em relação as questões digitais. Dessa forma, a atual modificação se mostrou mais adequada a realidade, não trazendo injustiça

<sup>162</sup> Ao avaliar se um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha envidou todos os esforços de acordo com os mais elevados padrões de diligência profissional do setor dever-se-á ter em consideração se o prestador de serviços adotou todas as medidas que seriam tomadas por um operador diligente para alcançar o resultado de evitar a disponibilidade de obras ou outro material protegido não autorizados no seu sítio Internet, tendo em conta as boas práticas da indústria e a eficácia das medidas adotadas à luz de todos os fatores e desenvolvimentos relevantes, bem como do princípio da proporcionalidade. (EUR-lex. 2019/790, §66, p. 16).



aos titulares mas não onerando de forma excessiva as plataformas online, buscando sempre, o respeito aos direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; LEITE, Beatriz S. Ferreira. **Responsabilidade civil dos provedores de aplicações por ato de terceiro na lei 12.965/14 (marco civil da internet)**. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 115 | pp. 391-438 | jul./dez. 2017.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

EUR-Lex, 2000. **Directiva 2000/31/CE – Directiva sobre o Comércio Eletrônico**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0031>>. Acesso em 17 set 2019.

\_\_\_\_\_, 2016. **Directiva 2016/0280 (COD) – Relativa aos direitos de autor no Mercado Único Digital**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>>. Acesso em 17 set 2019.

\_\_\_\_\_, 2019. **Directiva (UE) 2019/790 – Relativa aos direitos de autor e direitos conexos no Mercado Único Digital**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj?locale=pt>>. Acesso em 30 out 2019.

INFOCURIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça: Caso C-324/09, 12de julho de 2011**. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=96710C21D4BDB52902A0548C4BB28712?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=29016>>. Acesso em 19 de set 2019.

LIZ, Jorge Pegado. **A Recente Aproximação da Comissão Europeia aos Direitos de Autor na União Europeia**. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. - v.VII, n.25 (mar. 2017) - Curitiba: Bonijuris, 2017. pgs. 115-136.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PEREIRA, Alexandre L. Dias. **Comércio Eletrônico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica**. Nota Atualizada, Editora: Almedina, 2000.

THIEC, Yvon. **EU Digital Regulation Versus Copyright: A Way to Reconcile Digital Economy and Copyright?**. DigitCult - Scientific Journal on Digital Cultures, [S.l.], v. 1, n. 3, p. 11-20, dec. 2016.

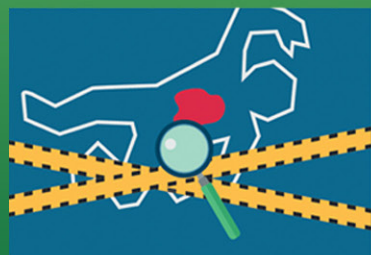
Kuczerawy, Aleksandra. **EU Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Compatibility of Article 13 with the EU Intermediary Liability Regime**. (December 19, 2018). Bilyana Petkova, Tuomas Ojanen (eds.), Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation of Intermediaries, 2019.

# SADU

IV Semana Acadêmica de Direito da Univille



GRUPO DE TRABALHO:  
DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



## CRAS E PROGRAMA DE EXTENSÃO DO JUIZADO ESPECIAL DA UNIVILLE

Anna Maria Reginini Goiacomin<sup>163</sup>  
Emanoelle Darossi<sup>164</sup>  
Karoline Cardoso da Silva<sup>165</sup>  
Leonardo Henrique Mariano Fontes<sup>166</sup>  
Beatriz Regina Branco<sup>167</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda a importância do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), projeto de proteção social de âmbito nacional. O estudo realizado, analisa a estrutura legal prevista na lei 12.435/2011, frente a realidade da unidade do CRAS /Jardim Paraíso, na cidade de Joinville. A temática tem o intuito de difundir os serviços prestados pelo CRAS e seu impacto na população beneficiada. Os objetivos específicos são: a) discorrer sobre a criação do CRAS e a sua finalidade. b) relacionar a estrutura e os serviços prestados pelo CRAS frente a legislação. c) demonstrar os serviços prestados pelo Programa de Extensão da Univille na unidade do CRAS/Jardim Paraíso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desigualdade Social. CRAS. Programa Extensão Univille.

### ■ INTRODUÇÃO

Os problemas relativos a desigualdade social brasileira acompanha o curso da nossa história como sociedade, visto que a concentração de propriedade e renda, sempre deu impulso a tal problemática. A Partir da Constituição Federal de 1988, a política de assistência social ganhou um novo impulso se sedimentando através da Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS e mais tarde com a SUAS – Sistema Único de Assistência Social. Tal Sistema prevê a implantação dos CRAS – Centros de Referência de Assistência Social, em todo o Brasil, como unidades públicas que tem por função atuar com famílias e indivíduos, em seu contexto comunitário, com o objetivo de orientar o convívio sócio-familiar e comunitário.

A Legislação prevê uma estrutura física e de profissionais para o atendimento à essa população carente e o presente artigo analisou a referida legislação frente a realidade da unidade do CRAS localizada no Jardim Paraíso, no município de Joinville.

O presente artigo ainda demonstrou os atendimentos realizados pela referida unidade, bem como apresentou o Programa de Extensão da Univille – Universidade da Região de Joinville, que faz atendimentos jurídicos naquela unidade do CRAS, expondo a quantidade e tipo de procedimentos propostos no Poder Judiciário.

<sup>163</sup> Acadêmica do 8º Semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville- Univille.

<sup>164</sup> Acadêmica do 8º Semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville- Univille.

<sup>165</sup> Acadêmica do 8º Semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville- Univille

<sup>166</sup> Acadêmica do 6º Semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville- Univille.

<sup>167</sup> Professora Ma. – Coordenadora do Programa de Extensão da Universidade da Região de Joinville –Univille.

## ■ 1. MARCO HISTÓRICO

A desigualdade social brasileira é um marco histórico, que nos acompanha ao longo da nossa trajetória social, o que demanda uma política assistencial.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil atingiu nível recorde de pessoas vivendo em situação de **miséria**. Em 2018, o país tinha 13,5 milhões pessoas com renda mensal per capita inferior a 145 reais, ou 1,9 dólares por dia, critério adotado pelo Banco Mundial para identificar a condição de pobreza extrema. Esse número é equivalente a 6,5% dos brasileiros e maior que a população de países como Bolívia, Bélgica, Cuba, Grécia e Portugal.

Conforme Melo (2005), a desigualdade advinda da estrutura econômica continua sendo a primeira razão para o empobrecimento. Desigualdades de renda, de acesso, de meios, de oportunidades, de informação constituem suas várias expressões que estão ligadas às condições de vida dos indivíduos, como a desvalorização social, a perda da identidade, deterioração de laços comunitários, sociais e familiares, em que o ápice do problema é dada pelo empobrecimento das relações sociais e das redes de solidariedade.

De acordo Sposati et al. (1995), no Brasil, a assistência social passou por inúmeras transformações até se configurar como política pública, conforme se apresenta na contemporaneidade. Durante anos as condições de pobreza que afligiam a população foram tratadas como disfunção social dos indivíduos.

Segundo J Vaitsman, GRB Andrade (2009), o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) inaugura uma nova etapa da assistência social no Brasil com a implementação e aprovação da Política Nacional de Assistência Social (PNAS) em 2004, com a definição de dois níveis de proteção, a básica e a especial.

A política de Assistência Social, enquanto política de Estado, constitui-se “como estratégia fundamental no combate à pobreza, à discriminação, às vulnerabilidades e à subalternidade econômica, cultural e política em que vive grande parte da população brasileira” (YASBEK, 2008a, p. 20-21), ampliando seu campo de intervenção.

Este incremento dirigiu-se sobretudo à implantação e custeio continuado das novas unidades públicas municipais de serviços instituídas pelo SUAS, especialmente os Centros de Referência da Assistência Social (CRAS), unidades de atendimento sócio-assistencial que constituem a porta de entrada do sistema (J VAITSMAN, GRB ANDRADE, 2009).

Entre seus beneficiários destacam-se, além da família, cidadãos e grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade e risco, tais como:

Famílias e indivíduos com perda ou fragilidade de vínculos de afetividade, pertencimento e sociabilidade; ciclos de vida; identidades estigmatizadas em termos étnicos, cultural e sexual; desvantagem a pessoal resultante de deficiência; exclusão pela pobreza e/ou no acesso às demais políticas públicas; uso de substâncias psicoativas; diferentes formas de violência advinda do núcleo familiar, grupos e indivíduos; inserção precária ou não inserção no mercado de trabalho formal e informal; estratégias e alternativas diferenciadas de sobrevivência que podem representar risco pessoal e social (BRASIL, 2004, p. 33).

A finalidade do Conselho Regional de Assistência Social é o fortalecimento de vínculos familiares e a prevenção de riscos sociais nos territórios com situações de vulnerabilidade. Como mostra a cartilha do CRAS, desenvolvida pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (2009, p.19):

O CRAS é uma unidade singular da proteção básica, ou seja, uma unidade que se diferencia das demais, pois é a única unidade que desempenha as funções de gestão da proteção

básica no seu território e de oferta do Programa de Atenção Integral à Família - PAIF. Além do PAIF, oferta obrigatória e exclusiva do CRAS, outros serviços socioassistenciais de proteção social básica podem ser implementados nessa unidade, desde que haja espaço físico, equipamentos, recursos materiais e humanos compatíveis. Já a função de gestão territorial compreende: a articulação da rede socioassistencial de proteção social básica referenciada ao CRAS; a promoção da articulação intersetorial e a busca ativa, todas realizadas no território de abrangência dos CRAS.

Conforme disposto na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), nos seus artigos 6º- C à 6º-D, o CRAS é uma unidade pública municipal, de base territorial, localizada em áreas com maiores índices de vulnerabilidade e risco social, sem fins lucrativos.

Temos, no Brasil, segundo o Censo SUAS de 2018, 8360 unidades do CRAS, espalhadas nos municípios, sendo 381 localizadas no Estado de Santa Catarina.

O CRAS é um meio para o cidadão acessar a proteção social básica, assim como outras políticas públicas. Esse acesso pode ser obtido por meio dos seguintes Serviços, Programas e Benefícios: serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família PAIF, serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos para crianças e adolescentes de 06 a 14anos, serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos para adolescentes e jovens de 15 a 17anos, serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos para Jovens e Adultos 18 a 59 anos, serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos para Idosos acima de 59 anos, cadastro Único para programas sociais, auxílio Natalidade, auxílio por morte, entre outros (Secretaria do Desenvolvimento Social).

De acordo com as orientações técnicas do CRAS (2009), seu objetivo é prevenir a ocorrência de situações de vulnerabilidades e riscos sociais nos territórios, por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições, do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, e da ampliação do acesso aos direitos de cidadania.

O principal serviço da Proteção Social Básica que desenvolve o trabalho social com famílias é o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família – PAIF, sendo este ofertado no CRAS. O PAIF consiste no trabalho social com famílias, de caráter continuado, com a finalidade de fortalecer a função protetiva da família, prevenir a ruptura de seus vínculos, promover seu acesso e usufruto de direitos e contribuir na melhoria de sua qualidade de vida. Prevê o desenvolvimento de potencialidades e aquisições das famílias e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, por meio de ações de caráter preventivo, protetivo e proativo (Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família – PAIF)

## ■ 2. ESTRUTURA DE FUNCIONAMENTO PREVISTA EM LEI

O CRAS não deve ser entendido como uma simples edificação, sendo assim o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, dispõe o determinante para a estrutura e funcionamento do CRAS (2009, p.47),

as rotinas e metodologias adotadas; as características do território e da população a ser atendida; a importância dada à participação das famílias no planejamento e avaliação dos serviços prestados e ações desenvolvidas; a incidência de determinadas vulnerabilidades no território; os recursos materiais e equipamentos disponíveis; o papel desempenhado pela equipe de referência e sua concepção sobre famílias etc.

Tal estrutura possui uma característica determinante, pois é lá que será reconhecido o CRAS, e o local onde os direitos socioassistenciais são assegurados.

Deste modo, é necessário que tal estrutura do CRAS siga os requisitos mínimos para que tal oferta dos serviços socioassistenciais de proteção social básica, ocorra de forma adequada. Conforme dispõe o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (2009, p.48)” todos

os CRAS são obrigados a dispor dos espaços necessários à oferta do principal serviço, o Programa de Atenção Integral à Família – PAIF, bem como para a função de gestão territorial da proteção básica.”

Ainda de acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (2009) o CRAS obrigatoriamente deve possuir os seguintes ambientes: recepção, sala de atendimento, sala de uso coletivo, sala administrativa, copa e conjunto de banheiros.

A recepção tem como finalidade o “acolhimento e atendimento inicial das famílias e indivíduos”. Sendo assim, não deve ser somente um local de espera, e sim, de acolhimento e informações. Orienta-se que tal ambiente tenha 12m<sup>2</sup>, com um pequeno balcão de recepção com até quatro lugares de espera, que possua também, um espaço para objetos identitários da população local, e ainda, que contenha material informativo sobre os serviços prestados e as ações desenvolvidas pelo CRAS, bem como informativos que trazem de forma esclarecida o que seria os direitos socioassistenciais. Se faz necessário, identificar os nomes dos técnicos e o coordenador da unidade, e indicar qual seu horário de funcionamento.

Em seguida, temos a sala de atendimento, esse espaço é reservado para o atendimento individualizado de famílias e indivíduos. Tal ambiente precisa possuir 12m<sup>2</sup>, que possa acomodar até dez pessoas e que seja reservado para que se assegure a privacidade do atendimento fornecido. Bem como na recepção, a sala de atendimento também precisa possuir material informativo.

A sala de uso coletivo, tem como objetivo o uso múltiplo e otimizado, ou seja, poderá ser utilizado para a realização de atividades coletivas, palestras, reuniões, exposições, dentre outras. Esta sala deve possuir 35m<sup>2</sup>, acomodando trinta pessoas de modo cômodo.

Na sequência possuímos a sala administrativa, tal ambiente é destinado para as atividades administrativas, tal espaço deverá ser utilizado pela coordenação e os profissionais do CRAS, este espaço deve conter 20m<sup>2</sup> e pelo menos uma mesa para a coordenação e uma para reuniões da equipe técnica, e por fim, duas mesas para computadores e arquivos.

Por fim o CRAS deve possuir um conjunto de banheiros, sendo estes, um para uso feminino, um para uso masculino, um para uso feminino adaptado e um para uso masculino adaptado, tal conjunto de banheiros deve ocupar 10m<sup>2</sup>. E a copa ou cozinha, é utilizado para preparo de comida para ser oferecida aos usuários, este ambiente deve possuir 5m<sup>2</sup>.

Como já foi observado, o CRAS está presente nas áreas que apresentam o maior risco de vulnerabilidade, e isso quer dizer, que está relacionado com os processos de pobreza e exclusão social, conforme demonstra Cras Marcos Legais (2009, p. 75) “assim, o CRAS não é apenas a porta de entrada para a política, mas também uma fonte estratégica de sinalização, de vigilância da exclusão social e das vulnerabilidades sociais”.

### ■ 3. CRAS DO JARDIM PARAISO

Segundo a entrevista com a Coordenadora do CRAS do Jardim Paraíso, Adriana da Silva Domingos Schneider, a unidade iniciou seus atendimentos em 2006. A implantação do CRAS Jardim Paraíso é decorrente de um processo de reordenamento dos serviços e ações na Secretaria de Assistência Social, o atendimento passou a ser ordenado conforme as Normas do MDS (Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome), ou seja, deu-se início ao processo de execução do PAIF (Proteção e Atendimento Integral à Família) e o atendimento prioritário às famílias do Programa Bolsa Família. Assim, vem executando até os dias atuais, os serviços socioassistenciais no território de sua abrangência que contempla os bairros Jardim Paraíso, Jardim Sofia e Bom Retiro.

Ainda segundo a Coordenadora, o Bairro Jardim Paraíso conhecido originalmente por Cubatão, a área é caracterizada por uma ocupação antiga, composta por lusitanos, caboclos, negros e germânicos, além de esparsa e baseada nas atividades agrícolas, enfrentando diversas dificuldades relacionadas à falta de infraestrutura. Ainda pertencente ao município de São Francisco do Sul, foram implantados na região os loteamentos Jardim Paraíso I, II, III e IV, que em



6 de abril de 1992, através da Lei Estadual no 8.563, foram anexados ao município de Joinville. Em função do nome dado aos parcelamentos, o bairro recebeu sua atual denominação. Atualmente sua população é caracteristicamente imigratória de outras regiões do Brasil, em particular do Estado do Paraná. Aproximadamente conta com 20 mil habitantes e a população tem rendimento mensal em salários-mínimos de 1,16. O bairro possui 6 unidades de saúde e 8 unidades escolares. Tem 1.918 cadastros únicos e 534 famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família.

### 3.1 Estrutura Disponível e Análise com Relação à Legislação

Conforme demonstrado anteriormente, conseguimos verificar que existe um quadro no qual demonstra a quantidade de ambientes que o CRAS deve possuir conforme a quantidade de pessoas que são atendidas anualmente.

O CRAS do Jardim Paraíso teve um total de 486 famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família, e possui os seguintes ambientes:

<b>Ambientes:</b>	<b>Finalidade do uso:</b>
Uma (1) sala para recepção	Acolhimento, orientação, encaminhamentos/ desenvolvimentos das rotinas administrativas;
Uma (1) sala para atendimento qualificado	Atendimento qualificado (orientações, entrevistas, entre outras) realizados por duas técnicas de Serviço Social e uma Técnico de Psicologia.
Uma (1) sala para a coordenação	Orientações, produção de relatórios e demais encaminhamentos de responsabilidade do Coordenador. Essa sala é destinada também para o trabalho administrativo, reuniões e planejamentos.
Duas (2) salas de grupo	Grupos de Convivência de Crianças e Adolescentes e oficinas.
Um (1) auditório	Reuniões da equipe, oficinas, grupos socioeducativos e demais atividades que requerem um espaço mais amplo.
Dois (2) banheiros	Um destinado para uso dos funcionários e um para uso dos usuários.
Uma (1) cozinha	Usada para confecção do lanche oferecido aos usuários durante as atividades em grupo e para a realização de lanches dos funcionários nos horários de seus intervalos.
Um (1) sala para almoxarifado	Utilizada para armazenar os benefícios eventuais de alimentação (cestas básicas), materiais pedagógicos e materiais que não são utilizados com frequência.

### 3.2 Quantidade de Atendimentos Realizados

No ano de 2018 foram realizados 3.960 atendimentos, incluindo os atendimentos individualizados e coletivos, cadastro único, serviço e convivência e fortalecimento de vínculos.

Do Programa Bolsa Família passaram pelo CRAS no ano de 2018 um total de 486 famílias beneficiárias do Programa.

No mês de agosto/2019 52 famílias foram acompanhadas, seja no coletivo ou individual.

### 3.3 Composição da equipe do CRAS de acordo com a Lei

Pequeno Porte I	Pequeno Porte II	Médio, Grande, Metr�pole e Distrito Federal
até 2.500 famílias referenciadas	até 3.500 famílias referenciadas	a cada 5.000 famílias referenciadas
2 técnicos de nível superior, sendo 1 assistente social e o outro, obrigatoriamente, psicólogo;	3 técnicos de nível superior, sendo 2 assistentes sociais e, obrigatoriamente 1 psicólogo;	4 técnicos de nível superior, sendo 2 assistentes sociais, 1 psicólogo e 1 profissional que compõe o SUAS;
2 técnicos de nível médio.	3 técnicos de nível médio.	4 técnicos de nível médio.

Além desses profissionais, as equipes de referência dos CRAS devem contar sempre com um coordenador, cujo perfil  : técnico de nível superior, concursado, com experiência em trabalhos comunitários e gestão de programas, projetos, serviços e benefícios socioassistenciais (NOB/RH e Resolu o CNAS n  17/2011).

De acordo com a NOB-RH/SUAS (2006, p.17),

a composi o das equipes de referência dos Estados para apoio a Municípios com presença de povos e comunidades tradicionais (indígenas, quilombolas e seringueiros) deve contar com profissionais com curso superior, em nível de gradua o concluído em ciências sociais com habilita o em antropologia ou gradua o concluída em qualquer forma o, acompanhada de especializa o, mestrado e/ou doutorado em Antropologia.

### 3.4 Composi o da equipe do CRAS/Jardim Paraíso

Recursos humanos:

Nome	Fun�o	Matrícula
Adriana da Silva Domingos Schneider	Coordenadora	42408
Ana Letícia Moser Florentino	Ag. Administrativo	47219
Bille Purcina	Ag. Administrativo	29341
Danieli Maia	Educadora	32306
Delair Frisanco	Aux. Educadora	28882
Elza dos Santos	Assistente Social	37418
Francieli Lopes do Nascimento	Assistente Social	37201
Lúcia Geraldina Sadzinski	Cozinheira Readaptada	35849
Lilian Back	Assistente adm.	46433
Nádia Brombini Otero Kamiski	Terapeuta Ocup.	44394
Regina Célia Silva	Educadora	28707
Ronaldo Peris da Silva	Ag. Administrativo	40436
Rosane Maria Biirgel Blasius	Cozinheira	25933

### 3.5 Quadro de atendimento do CRAS/Jardim Paraíso

	SEGUNDA	TERÇA	QUARTA	QUINTA	SEXTA
MATUTINO	<p><b>Sala 1:</b> Grupo 11 a 15 anos Horário: 08 às 11 Educadora: Dani</p> <p><b>Sala 2:</b> Cadastro Único</p> <p><b>Auditório:</b> Grupo de Artesanato Carla</p> <p><b>PAIF:</b> <b>Visitas Domiciliares:</b> Francieli e Nádia <b>Atendimento Técnico:</b> Terapeuta Ocupacional - Nádia</p>	<p><b>Sala 1:</b> Cadastro Único</p> <p><b>Sala 2:</b> Grupo 6 a 10 anos Horário: 08 às 11 Educadora: Regina</p> <p><b>Auditório:</b> <b>Grupo de idosos</b> Horário: 09 às 11 Educadora: Dani</p> <p><b>PAIF:</b> Atendimento Social: Francieli</p> <p><b>SCFV:</b> Acompanhamento do Serviço - Nádia</p>	<p><b>Sala 1:</b> Cadastro Único</p> <p><b>Sala 2:</b> Grupo 6 a 10 anos Horário: 08 às 11 Educadora: Regina</p> <p><b>Auditório:</b> <b>Grupo de idosos</b> Horário: 09 às 11 Educadora: Dani</p> <p><b>PAIF:</b> Atendimento Social: Francieli</p> <p><b>SCFV:</b> Acompanhamento do Serviço - Nádia</p>	<p><b>Sala 1:</b> Grupo 11 a 15 anos Horário: 08 às 11 Educadora: Dani Oficina de Xadrez: 10:00 as 11:00 - Delair</p> <p><b>Sala 2:</b> Cadastro Único</p> <p><b>Auditório:</b> Grupos do PAIF Famílias ( a cada 15 dias) Oficina - Novos beneficiários e SiCON ( 1 vez por mês) Gestante ( 1 vez por mês)</p> <p><b>DGI,s / PAIF</b> Terapeuta Ocupacional: Nádia</p>	<p><b>Sala 1:</b> Grupo 11 a 15 anos Horário: 08 às 11 Educadora: Dani Oficina de Artesanato: 10:00 as 11:00 - Delair</p> <p><b>Sala 2:</b> Grupo 6 a 10 anos Horário: 08 às 11 Educadora: Regina</p> <p><b>Auditório:</b> Grupo BPC Nádia Grupo De Pais SCFV (1 vez por mês)</p> <p><b>PAIF:</b> Estudo de Caso (Primeira sexta de cada mês no CRAS) Terceira sexta de cada mês com o CREAS) Atendimentos Agendados de Auxílio Natalidade Reuniões Relatórios</p>
VESPERTINO	<p><b>Sala 1: livre</b></p> <p><b>Sala 2:</b> Grupo 6 a 11 anos Horário: 13:30 às 16:30 Educadora: Regina</p> <p><b>Auditório: livre</b></p> <p><b>PAIF:</b> <b>Visitas Domiciliares:</b> Elza</p>	<p><b>Sala1: livre</b></p> <p><b>Sala 2: livre</b></p> <p><b>Auditório:</b> Grupo Misto 6 a 15 anos Horário: 13:30 às 16:30 Educadora: Odete</p> <p><b>PAIF:</b> Atendimento Social: Elza</p>	<p><b>Sala1: livre</b></p> <p><b>Sala 2: livre</b></p> <p><b>Auditório:</b> Atendimento dos advogados - Univille Horário: a partir das 15hs</p> <p><b>PAIF:</b> Atendimento Social: Elza</p>	<p><b>Sala1: livre</b></p> <p><b>Sala 2:</b> Grupo 12 a 15 anos Horário: 13:30 às 16:30 Educadora: Regina</p> <p><b>Auditório:</b> Grupos do PAIF Vivências ( a cada 15 dias) Oficina - Novos beneficiários e SiCON ( 1 vez por mês) Socio educativo ( 1 vez por mês)</p>	<p><b>Sala1: livre</b></p> <p><b>Sala 2: Livre</b></p> <p><b>Auditório: Livre</b></p> <p><b>PAIF:</b> Estudo de Caso (Primeira sexta de cada mês no CRAS) Terceira sexta de cada mês com o CREAS) Reuniões Relatórios</p>

#### ■ 4. PROGRAMA DE EXTENSÃO DO JUIZADO ESPECIAL NO CRAS DO JARDIM PARAISO

A Univille- Universidade da Região de Joinville, desenvolve um Programa de Extensão, que teve início em 25 de março de 2011, através de um convênio firmado com a Prefeitura Municipal de Joinville, mas o atendimento já era realizado de fato desde muito antes.

Por meio deste Programa de Extensão, a UNIVILLE se compromete a deslocar acadêmicos, integrantes do Juizado Especial Cível (bolsistas) e acadêmicos que integram o Núcleo de Prática Jurídica (Escritório Modelo de Assistência Jurídica) para realizar atendimentos jurídicos junto ao Bairro Jardim Paraíso, tendo como sede da prestação destes serviços, o Centro de Referência e Assistência Social (CRAS) localizado no bairro. Os atendimentos jurídicos são realizados todas quartas-feiras das 14 horas as 17 horas.

Ainda, o Programa de extensão do Juizado realiza todos os anos, com a colaboração dos professores e alunos de direito, uma campanha de arrecadação de doces, guloseimas, salgados e refrigerantes para a festa junina do CRAS do Jardim Paraíso. Além disso, ao final do ano ocorre a arrecadação de brinquedos que são entregues no natal para as crianças carentes.

TIPO DE AÇÃO	NÚMERO DE ATENDIMENTOS
ALVARÁ JUDICIAL	1
AUXÍLIO DOENÇA	1
COBRANÇA INDEVIDA	1
CONSULTAS	65
CRIMINAL	7
DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL	8
DIVÓRCIO	19
INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS/MAT.	1
INVENTÁRIO	2
MEDICAMENTOS	5
MEDIDA PROTETIVA DE URGENCIA	2
PENSÃO ALIMENTÍCIA/GUARDA	49
PREVIDENCIÁRIA	16
RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE	3
REVISÃO CONTRATUAL	2
TUTELA/CURATELA	2
USUCAPIÃO	1
<b>TOTAL:</b>	<b>185</b>

Cumpra ressaltar que, a realização destes serviços ocorre justamente no bairro estudado em decorrência da sua vulnerabilidade social.

##### 4.1 Atendimentos realizados pelo Programa de Extensão da Univille no CRAS do Jardim Paraíso

No período de 2018, foram realizados, através do Programa de Extensão, 185 atendimentos à população carente, que geraram a propositura de 120 ações, conforme o quadro demonstrativo abaixo.

Podemos verificar que os casos são, na maioria das vezes, ligados a questão de família.

Foram atendidos 185 clientes no ano de 2018, desses, 79 atendimentos são direcionados a casos de família, evidenciando a importância da atuação do CRAS na manutenção do ambiente familiar.

## ■ CONCLUSÃO

Pode-se observar que a desigualdade econômica, a vulnerabilidade da população carente é de uma certa forma amenizada pelo atendimento que as unidades municipais do CRAS realizam junto a essas comunidades.

Por meio desta pesquisa, pode-se concluir que o CRAS oferece um serviço de extrema importância para as populações carentes, e mais especificamente para a comunidade do Jardim Paraíso que tem como característica a vulnerabilidade.

O Programa de Extensão da Univille, que realiza atendimentos jurídicos na unidade do CRAS do Jardim Paraíso, complementa os serviços disponibilizados pelo, oferecendo para a população carente um apoio jurídico gratuito que vem de encontro com os objetivos da Assistência Social.

O presente artigo demonstrou que a estrutura física e de profissionais do CRAS do Jardim Paraíso, situado no município de Joinville, condiz com a estrutura prevista na legislação. Além disso, o presente estudo constatou os atendimentos realizados no ano de 2018, para a população da referida unidade e mostrou os atendimentos que o Programa de Extensão da Univille- Universidade da Região de Joinville, desenvolveu, também no ano de 2018, no referido Centro de Referência, contribuindo para um atendimento ainda mais diferenciado para aquela população tão carente.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Guia de Orientação Técnica – SUAS nº1 – Proteção Social Básica de Assistência Social, Brasília, 2005.
- BRASIL (2006). Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome. NOB-RH/SUAS - Resolução nº 269, de 13 de dezembro de 2006, publicada no DOU. Brasília.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional de Assistência Social (PNAS). Brasília: MDS\SNAS, 2004.
- BRASIL. Secretaria de Desenvolvimento Social. CRAS. Disponível em: <<http://www.sedes.df.gov.br/cras/>>. Acesso em: 27 set. 2019.
- Carvalho, Maria do Carmo Brant. Cras Marcos Legais, vol 1, Editora São Paulo Capacita Cras, ano de 2009, pag 15, 33.
- Conselho Federal de Serviço Social (CFESS) Parâmetro para atuação de assistentes sociais e psicólogos (as) na Política de Assistência Social / Conselho Federal de Psicologia (CFP), Conselho Federal de Serviço Social (CFESS). - Brasília, CFP/CFESS, 2007. 52 p.
- Ferreira, Stela da Silva. NOB-RH Anotada e Comentada – Brasília, DF: MDS; Secretaria Nacional de Assistência Social, 2011. 144 p. 23.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE IBGE <https://www.ibge.gov.br/> acesso em 01/11/2019
- J Vaitsman, GRB Andrade... - Ciência & Saúde ..., 2009 - SciELO Public Health
- JOINVILLE. Prefeitura de. CRAS Jardim Paraíso. Disponível em: <<https://www.joinville.sc.gov.br/institucional/sas/ups/crasjp/>>. Acesso em: 27 set. 2019.
- LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO 1993 – Promulgada em 07 de Dezembro de 1993. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm)>, Acesso em: 18 out. 2019.
- MELO, H. P. Gênero e pobreza no Brasil. Relatório final do projeto Governabilidade Democrática de gênero en América Latina y en el Caribe. Brasília: CEPAL/SPM, 2005.

Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Orientações Técnicas: Centro de Referência de Assistência Social – CRAS. Brasília, 2009.

Resolução Nº. 109 de 11 de novembro de 2009. Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à fome, nov. de 2009.

Orientações Técnicas Centro de Referência de Assistência Social – CRAS [http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Cadernos/orientacoes\\_Cras.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes_Cras.pdf) acesso em 08/11/2019

Secretaria de Desenvolvimento Social - <http://www.sedes.df.gov.br/cras/> acesso em 09/11/2019

Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família – PAIF <http://mds.gov.br/> acesso em 08/11/2019

YASBEK, M. C. Questão social: desigualdade, pobreza e vulnerabilidade social. São Paulo, 2008a. (mimeo).  
\_\_\_\_\_. Estado, políticas sociais e implementação do SUAS. In: CapacitaSuas. São Paulo: IEE/PUC-SP; Brasília: MDS, 2008b. v. 1.



# A NULIDADE DA DECISÃO ARBITRAL EM PROCEDIMENTO QUE DESCUMPRE REQUISITO DE MEDIAÇÃO PRÉVIA EM CONTRATOS EMPRESARIAIS COM CLÁUSULA ESCALONADA MED-ARB

Bruna Leticia Trupel<sup>168</sup>  
Vanessa Bussolo Brand<sup>169</sup>

**RESUMO:** A cláusula escalonada med-arb é uma disposição acordada pelas partes contratantes em uma convenção ou um compromisso arbitral com a qual pactua-se que, antes da submissão de um conflito a um procedimento arbitral, deve ser tentada a resolução via mediação. No cenário empresarial e comercial atual, as cláusulas escalonadas med-arb têm adquirido relevante espaço. Todavia, enorme dúvida paira sobre as consequências de uma busca direta pelo procedimento arbitral, ignorando a cláusula que prevê a mediação prévia. Diante disso, objetiva-se com este trabalho verificar se há segurança jurídica para desconsiderar a etapa de mediação. Para tanto, procede-se à metodologia indutiva, com análise bibliográfica e de dados, que permitem concluir que, se respeitada a autonomia da vontade das partes, é possível sobrestar a etapa de mediação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Cláusula Escalonada Med-Arb. Ausência de Mediação Prévia. Nulidade da Sentença Arbitral. Autonomia da Vontade das Partes.

## ■ INTRODUÇÃO

Há muitas formas de combinar métodos de resolução de litígios. Entre elas, as cláusulas escalonadas, que combinam sequências de métodos de resolução de litígio. Neste trabalho, o enfoque principal é a dita cláusula escalonada mediação-arbitragem (cláusula med-arb). A combinação de procedimentos, neste sentido, é que, para que se recorra à arbitragem, deve ocorrer uma mediação previamente. Ou seja, somente caso não se chegue a um acordo através da mediação é que se instaura a arbitragem.

No cenário empresarial e comercial atual, as cláusulas med-arb têm conquistado cada vez mais espaço, devido, dentre outras razões, à mediação ser um procedimento com menor custo financeiro e que apresenta alto grau de efetividade, de forma que muitos litígios são resolvidos nesta etapa.

Este trabalho visa investigar se a sentença arbitral de um procedimento em que não foi respeitada a mediação prévia à arbitragem é passível de nulidade por descumprimento à disposição contratual, à força obrigatória dos contratos e à autonomia da vontade das partes em escolher a mediação prévia ao convencionar essa cláusula contratual.

## ■ 1. OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

A mediação e a arbitragem fazem parte do rol dos chamados “métodos alternativos de resolução dos conflitos”, juntamente com a negociação e a conciliação. Tais procedimentos não se

<sup>168</sup> Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: bruna.l.trupel@hotmail.com.

<sup>169</sup> Mestranda da área de concentração Direito, Estado e Sociedade da Universidade Federal de Santa Catarina; vanessabbrand@gmail.com.

confundem, por mais que visem o mesmo o objetivo, qual seja, auxiliar os envolvidos na busca pela melhor solução frente a uma desarmonia de interesses. A mediação, assim como a conciliação e a negociação, é um método autocompositivo, no qual as partes são instigadas a chegarem a um consenso guiadas ou não por terceiros. A conciliação é meio extrajudicial que busca estabelecer acordos, enquanto a mediação possui como objetivo a “desconstrução do conflito” (ALMEIDA, 2013, p. 86), para construção de um diálogo entre os interesses das partes.

A mediação caracteriza-se por ser um procedimento voluntário do qual participa um terceiro – o mediador – responsável por facilitar o diálogo entre as partes e o alcance de um consenso, com o fim de satisfazer, ao menos parcialmente, aos interesses de todos os envolvidos. A mediação, portanto, é um procedimento no qual um mediador facilita a comunicação entre as partes, auxiliando-as a, voluntariamente, alcançarem a um acordo. Na mediação, todavia, o terceiro não possui poder de decisão. Além disso, *“um trabalho de mediação bem-feito busca não só a assimilação de novos comportamentos, no sentido de novas respostas às demandas divergentes, mas também a flexibilização de crenças das partes envolvidas e o ganho de autonomia”* (SALLES, 2008, p. 81).

Em geral, a mediação pode ser definida como um processo de construção, reparação do vínculo social e gerenciamento de conflitos da vida cotidiana. Nele, o terceiro imparcial e independente, auxilia nas trocas entre pessoas e/ou instituições para ajudá-los a melhorar, estabelecer um relacionamento ou resolver um conflito (ALMEIDA, 2013, p. 86).

A conciliação funciona, em linhas gerais, como a mediação, porém é desprovida das formalidades existentes na mediação, eis que, na mediação, as partes chegam a um acordo que será um documento que se torna, em verdade, um contrato, portanto passível de ser executado caso uma das partes não cumpra suas obrigações (STONE, 2004, p. 1).

A negociação, diferentemente, pode ou não contar com a participação de uma terceira parte. Porém, *“nos casos que a intervenção do terceiro na negociação consiste em tratar de colocar as vantagens de um acordo frente a um pleito incentivando os sujeitos a alcançar o compromisso, estamos a frente de uma conciliação”* (CARRASCO BLANCO, 2009, p. 18). A negociação é *“o processo no qual as partes comunicam suas divergências à outra, por meio de reuniões, discussões e compromissos, na tentativa de resolvê-los”* (NETO, 2006, p. 2).

Existem dois tipos de negociação, a competitiva e a cooperativa. Na primeira, os negociadores defendem os interesses de quem representam, o objetivo é ganhar a negociação. Já na última, são identificados os interesses das partes, a fim de conciliar os interesses comuns (GOTTHEIL, SCHIFFRIN, 2007, p. 101).

Esses meios extrajudiciais concentram-se na questão subjetiva do conflito, mas, quando determinantes técnicos muito específicos sobre a questão objetiva do litígio são superiores às questões subjetivas, de forma que a negociação se torna impossível, é recomendável buscar um terceiro especialista na matéria (DEMARCHI, 2007, p. 101), caso em que se recorre à arbitragem. *“Normalmente, a arbitragem é comparada com o litígio convencional (ajuizamento de ação); mediação com a falta de negociação”* (MNOOKIN, 1998, p. 2).

A arbitragem, diferentemente dos outros meios alternativos de resolução de conflitos, possui função jurisdicional. *“O árbitro, no final de um processo, encontra e impõe uma solução às partes que não conhecem ainda os termos, uma vez que se dispuseram a respeitá-los”* (JARROSSON, 1997, p. 329).

## ■ 2. MEDIAÇÃO PRÉVIA À ARBITRAGEM

Dados os benefícios atrelados à mediação, como a celeridade, o sigilo e o zelo pela manutenção da relação, o método experimentou crescimento nos últimos anos, inclusive no que tange às relações empresariais. A possibilidade de solução efetiva de um problema em um curto período de tempo e com a conservação dos vínculos institucionais tem atraído empresários de

diversas áreas, especialmente da construção civil, energia, infraestrutura, seguros e contratos empresariais (GABBAY, 2018).

Acerca do crescimento da utilização da mediação, Gabbay apresenta dados interessantes, que apontam o aumento da realização de mediações por algumas das principais câmaras de mediação e arbitragem:

Imagem 1- dados sobre a mediação.

		<b>Centro de Arbitragem e Mediação da CCBC</b>	<b>Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp</b>	<b>Câmara de Comércio Internacional</b>
Número de requerimentos de mediação recebidos por ano	2012	4	1	21
	2013	3	6	32
	2014	9	4	25
	2015	2	2	16
	2016	16	3	32
	2017	9	6	30
Média de valor envolvido	2012	R\$ 8.567.426,15	RS 1.209.776,19	US\$ 45.699.310,00
	2013	RS 11.735.575,30	RS 3.512.060,38	US\$ 14.422.780,00
	2014	RS 13.970.961,62	RS 1.107.844,67	US\$ 94.212.746,00
	2015	RS 29.929.401,85	RS 500.000,00	US\$ 22.148.729,00
	2016	RS 96.068.655,03	RS 125.515.851,77	US\$ 45.699.310,00
	2017	RS 327.664.459,83	RS 38.631.090,48	-
Média de duração do procedimento		4 meses e meio (2012-2017).	1 mês e 6 dias (2012-2017)	3 meses e meio (2013-2016).

Fonte: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mediacao-empresarial-em-numeros-onde-estamos-e-para-onde-vamos-20042018](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mediacao-empresarial-em-numeros-onde-estamos-e-para-onde-vamos-20042018)

Com o sucesso alcançado em procedimentos próprios, a mediação passou a ser vista como alternativa também previamente à realização do procedimento arbitral. Para tanto, as partes se valem da chamada cláusula escalonada cláusula med-arb.

Levy assevera que “cláusulas escalonadas são estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios” (2013, p.173). A opção pela cláusula escalonada é notada principalmente em contratos complexos, para manutenção de vínculos comerciais entre relações jurídica de longa data, com o objetivo de atingir soluções periódicas de maneira mais célere e conforme as necessidades comerciais transitórias, pois ora pode ser mais vantajoso um determinado meio de resolução de conflitos, ora outro (LEVY, 2013, p. 174).

Essa alternativa entre meios de resolução de controvérsias gera uma segurança jurídica aos contratantes, que, se entenderem necessário um procedimento equivalente à jurisdição, poderiam optar pela arbitragem em detrimento da mediação, visto que o mediador não diz o direito e tampouco exerce jurisdição (LEVY, 2013, p. 179).

A utilização dos dois institutos através da sua combinação pela cláusula escalonada oferece a vantagem de unir as vantagens deles, pois integra diálogo, provido pela etapa de mediação, e

decisão, caráter dado pela arbitragem, o que facilita a comunicação entre as partes e garante que, mesmo que não cheguem a uma decisão por consenso, podem ainda se valer da arbitragem para obter a resolução do litígio (LEVY, 2013, p. 197).

É da essência dos métodos alternativos de resolução de litígios o caráter contratual, decorrente da vontade das partes, que busca efeitos jurídicos, de forma que impera, na busca pelo meio mais adequado, a vontade das partes em partir em certa direção. Não há previsão, ainda, de arbitragem ou mediação obrigatória, porém há a obrigatoriedade de se respeitar o convencionado contratual, por força precípua do *pacta sunt servanda* (LEVY, 2013, p. 200).

A cláusula escalonada deve, portanto, enquanto ditame contratual, ao menos em uma primeira análise, imperar sobre as partes, em observância ao *pacta sunt servanda*, de forma que o seu descumprimento apenas se justifica em caráter excepcional. Isso porque o princípio basilar que rege o direito contratual é o da obrigatoriedade dos contratos; porque o contrato assume valor de lei entre os contratantes (RIZZARDO, 2017, p. 23). Conforme Lobo, “*a força obrigatória é assegurada pelo Estado, ainda que as cláusulas e condições do contrato não sejam normas jurídicas por ele editadas. O princípio é consectário natural da autonomia privada negocial*” (LOBO, 2017, p. 59) de forma que caso não cumprido o contrato tal qual estabelecido pelas partes, pode o mesmo ser executado no Judiciário. O autor também assevera que a força obrigatória dos contratos estabelece dois efeitos centrais: o da estabilidade e previsibilidade.

Temática que gera discussão com relação à previsão de mais de um meio extrajudicial de resolução de conflito, por sua vez, é a obrigatoriedade ou não de realização da mediação previamente ao procedimento de arbitragem em instrumentos que combinam ambas as práticas. A incerteza impera sobre as cláusulas combinadas, em um primeiro momento, pelo fato de que nem todas as cláusulas que estabelecem mais de um procedimento amigável são cláusulas escalonadas.

A redação que as partes dão ao contrato é determinante para vincular as partes ao cumprimento da mediação prévia, pois se a redação da cláusula dispõe que as partes devem, anteriormente à arbitragem, se submeter a uma via amigável de resolução de conflito, as tentativas de negociação e conciliação já seriam suficientes para vir a instaurar a arbitragem (LEMES, 2010, p. 6/7).

Carlos Alberto Carmona, por sua vez, destaca que o “*binômio tempo-urgência pode exigir que uma das partes desde logo instaure a arbitragem (.) o que infringe, em última análise, a promessa contratual de submeter o litígio primeiro à mediação (.)*” (CARMONA, 2009, p. 35). Para Carmona, neste contexto, poder-se-ia considerar excesso formalismo a nulidade pela instauração de arbitragem sem a submissão prévia à mediação:

Diante da eventualidade de violação da avença contida na cláusula escalonada, poderá o árbitro, se perceber espaço para composição, notando a necessidade de instaurar procedimento próprio, propor que as partes suspendam a arbitragem, remetendo os litigantes ao procedimento de mediação ou conciliação escolhido. Se qualquer uma das partes discordar, nada impedirá que os árbitros, atendendo os ditames do § 4o do art. 21 da Lei de Arbitragem, tentem a conciliação das partes. Não havendo predisposição para a composição, restará claro que a superação da fase de mediação prevista na cláusula escalonada não terá provocado prejuízo algum, de modo que não haverá qualquer sombra de nulidade a macular o procedimento arbitral.

Desta forma, para que as partes estejam obrigadas à mediação, a redação da cláusula deve ser precisa e específica. Do contrário, se torna viável o pleito de nulidade da sentença arbitral por descumprimento da mediação prévia.

Partedad doutrina defende, entretanto, que coma avença de cláusula escalonada med-arb pelas partes é criada uma “*condição de procedibilidade para que se passe ao meio heterocompositivo, seja o judicial ou arbitral*”. Ou seja, em decorrência de tal pactuação, obrigatoriamente, as partes deverão tentar resolver sua controvérsia entre si antes de submetê-la ao poder de decisão de um terceiro, sob pena de abrir espaço à nulidade da sentença arbitral (MELLO e CASTRO, 2018).

### ■ 3. NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

A Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem Brasileira), em seu artigo 32, elenca oito hipóteses em que sentença arbitral resta ferida de nulidade. São elas:

- a) A nulidade do compromisso ou convenção arbitral; por exemplo, se o objeto da arbitragem versar sobre direito indisponível, eis que só podem ser submetidos à arbitragem os direitos disponíveis e patrimoniais;
- b) Sentença proferida por quem não pode ser árbitro; como no caso em que o árbitro, à época da sentença, era considerado incapaz;
- c) Falta dos requisitos obrigatórios da sentença arbitral; quais sejam o relatório, nomes das partes e um resumo do litígio da convenção de arbitragem;
- d) Se a sentença for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; casos em que a sentença é ultra petita ou extra petita;
- e) Sentença arbitral que não decide todo o litígio;
- f) Casos de prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- g) Sentença arbitral proferida fora do prazo;
- h) Desrespeito aos princípios que garantem o devido processo legal.

O descumprimento da etapa de mediação em instrumento com cláusula escalonada se amolda, para a corrente majoritária, à hipótese de sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Isto porque a mediação prévia teria caráter vinculativo, de modo que o árbitro estaria impedido de instaurar a arbitragem se não realizada a mediação.

A sentença também pode vir a ter declarada sua nulidade pelo desrespeito à mesma cláusula com fundamento no desrespeito ao devido processo legal, caso a mediação prévia seja considerada, para além de uma obrigação contratual, uma fase processual, então considerada um pressuposto à arbitragem.

Neste sentido, o cumprimento da etapa de mediação é requisito fundamental à sentença arbitral, possuindo efeito processual, consoante o disposto no artigo 23 da Lei de Mediação, se as partes se comprometeram a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de certa condição, haverá suspensão até sua implementação.

No entanto, existem autores, como Selma Lemes, que arguem que, a depender das circunstâncias fáticas da desavença contratual, a mediação seria uma protelação ao acesso à justiça. Isto é, em uma realidade fática na qual os métodos autocompositivos se mostram impossíveis, porque dado o nível de negociação e tentativas conciliatórias, um mediador não conseguiria facilitar o diálogo entre as partes porque inexistente, nem evitar o desgaste entre elas, porque já desgastadas, faz-se necessário um meio heterocompositivo, com poder decisório, para que um terceiro estabeleça o direito, diante da impossibilidade de consenso.

Com isso, todavia, não se quer dizer que a negociação e a conciliação supririam a etapa de mediação, porque institutos diferentes, com finalidades específicas. Demonstra-se, em verdade, que se o interesse das partes não é de autocomposição, diante das circunstâncias do caso concreto, não há razão para postergar a solução do conflito, que encontrará fim na arbitragem e seu poder decisório. É como se a cláusula escalonada perdesse o sentido que assumiu naquele contrato, pois de aspecto facilitador passa a ser um entrave à resolução do conflito.

Importa consignar que, em um cenário em que ambas as partes possuem interesse em saltar a etapa de mediação prévia, com fundamento no princípio basilar da arbitragem que é a vontade das partes, tal intento poderia ser alcançado sem grandes complicações. Antes da existência do litígio, o efeito pode ser atingido com a modificação da cláusula ou compromisso arbitral a partir de um aditivo contratual em as partes, de comum acordo, excluam a etapa prévia.

Quando o litígio já existe, por sua vez, a prática indica que com a declaração expressa e escrita de ambas as partes do desejo em se submeterem diretamente à arbitragem, quando em se tratando de um procedimento administrado por uma câmara de mediação e arbitragem, por exemplo, é possível que o façam.



Neste sentido, Carmona e Montoro (2010, p. 71/72) ensinam que são duas as vertentes de flexibilização do procedimento que envolva arbitragem: a criação e a adaptação. De acordo com os autores, a flexibilidade em relação à criação se dá quando da estipulação de limitação dos poderes das partes, do árbitro e do juiz, da opção por uma cláusula compromissória aberta ou fechada e em outras questões neste mesmo sentido. Perfectibiliza-se, portanto, anteriormente ao litígio e de comum acordo entre as partes. A flexibilidade no que tange à adaptação, porém, ocorre posteriormente, quando as regras procedimentais já estão em curso, mas estas precisam de reparos para melhor adequarem-se ao caso em tela.

Os autores explicam que, inclusive, essas possibilidades de alteração das “regras do jogo” são algumas das características vantajosas dos métodos em relação ao judiciário (CARMONA e MONTORO, 2010, p. 74/75). Para que seja viável o fenômeno da adaptação, todavia, quatro são os critérios a serem observados (CARMONA e MONTORO, 2010, p. 134/135):

- a) Que não exista ofensa aos bons costumes ou à ordem pública, em consonância com o disposto no art. 2º, §1º da Lei 9.307/96;
- b) Que haja respeito aos Princípios do Contraditório, da Igualdade das partes, da Imparcialidade e Livre Convencimento do Árbitro, conforme previsto pelo art. 21, §2º da Lei 9.307/96;
- c) Que as modificações não desrespeitem normas cogentes da própria Lei 9.307/96;
- d) Que as modificações não firam garantias processuais constitucionais.

Respeitadas tais limitações, portanto, e em se tratando de vontade de ambas as partes, é possível a alteração da cláusula ou compromisso da cláusula escalonada, inclusive a ponto de suprimir a mediação prévia do procedimento.

Por sua vez, em um cenário em que uma das partes deseja realizar a mediação e a outra não, a princípio, caso não ocorra a mediação a sentença corre o risco de ser julgada nula. Porém, tendo em vista a possibilidade de alteração do compromisso arbitral a qualquer tempo durante o procedimento, as partes ainda podem, de comum acordo, modificar a cláusula escalonada, cumprindo com a autonomia da vontade. Caso isso não seja possível por irreduzibilidade de uma das partes, é possível a resolução em perdas e danos, atribuindo ao ditame contratual apenas efeito material.

## ■ CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, entende-se que o princípio basilar que norteia a mediação e a arbitragem é o *pacta sunt servanda* e o princípio da autonomia da vontade das partes, de forma que, se não for mais do interesse de uma das partes cumprir o estipulado contratualmente, é possível modificar a estipulação contratual, respeitando os princípios que norteiam o direito contratual e evitando a nulidade da sentença arbitral.

Mesmo que tal mudança contratual não seja feita, a cláusula escalonada como ditame contratual pode não ser dotada de efeito vinculativo, mas somente material, como todos os ditames contratuais, de forma que seu não cumprimento acarreta perdas e danos, não nulidade da arbitragem. Isto porque nada impede que as partes, no decurso da arbitragem, se voltarem a achar possível a autocomposição, suspendam o procedimento jurisdicional para tentar a mediação.

Ainda assim, como medida a obstar quaisquer problemas, é recomendável que os advogados orientem seus clientes ao cumprimento da etapa autocompositiva, pois muitas são as vantagens oferecidas por uma etapa de mediação, mesmo que não seja frutífera. A mediação, além de restabelecer o diálogo entre as partes, identifica as necessidades dos indivíduos envolvidos, facilitando posteriormente o procedimento arbitral.

Porém, para cada litígio, um método de resolução pode ser mais apropriado, dependendo da situação em que se encontram as partes. Se a arbitragem, no momento do litígio se mostra mais efetiva para o resolver, porque inviável a autocomposição, não há motivo para negar às partes a instauração direta do procedimento arbitral por possível nulidade da sentença.



## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Tânia. **Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas**. Mediação de conflitos, p. 93, 2013.
- ALLAHI, Nahal. **The optimization of court involvement in international commercial arbitration**. 2016. Tese de Doutorado. University of Manchester.
- AUERBACH, Jerold S. **Justice without law?** Oxford University Press, USA, 1984.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto; MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do Procedimento Arbitral**. São Paulo, 2010.
- CARRASCO BLANCO, M. **Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos**. Reus, Madrid, 2009.
- CASTRO, Flávia Câmara e; MELLO, Marcello Vieira de. **Arbitragem e mediação – cláusulas escalonadas: como funcionam e quando devem ser utilizadas**. [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271681,51045-Arbitragem+e+mediacao+clausulas+escalonadas+como+funcionam+e+quando](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271681,51045-Arbitragem+e+mediacao+clausulas+escalonadas+como+funcionam+e+quando). Acesso em junho de 2018.
- GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação empresarial em números: onde estamos e para onde vamos**. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mediacao-empresarial-em-numeros-onde-estamos-e-para-onde-vamos-20042018](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mediacao-empresarial-em-numeros-onde-estamos-e-para-onde-vamos-20042018). Acesso em junho de 2018.
- GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana. **Mediación: una transformación en la cultura**. Paidós, 1996.
- GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **Le concept de médiation et l'urgence théorique**. Les cahiers du CREMOC, v. 35, p. 17-25, 2002.
- JARROSSON, Charles. **Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale**. Revue internationale de droit comparé, v. 49, n. 2, p. 325-345, 1997.
- LEMES, Selma Ferreira. **Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem in Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro** FINKELSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B., CASADO FILHO, Napoleão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.6/7.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MNOOKIN, Robert. **Alternative dispute resolution**. 1998.
- NETO, Francisco Gonçalves. **Nótulas acerca da negociação, da conciliação e da Mediação**. Acedido no dia, v. 29, 2006.
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **O histórico da Lei de Mediação brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei 13.140/2015**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 46 p. 123-139. São Paulo: Ed. RT, jul-set. 2015.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. **Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia**. id/496914, 2009.
- STIMEC, Arnaud. **De la négociation à la médiation: jalons conceptuels et historiques**. AGIR Médiation et négociation, n. 24, 2006.

STONE, Katherine. **Alternative Dispute Resolution**. University of California, Los Angeles School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series, 2004.

**Uniform Mediation Act**. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2003. Disponível em: <[http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma\\_final\\_03.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf)> Acesso em abril de 2018.

## A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: BREVE ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº. 13.146/2015

Carolina Machado Jacomozzi<sup>170</sup>  
Sarah Francine Schreiner<sup>171</sup>

**RESUMO:** O advento da Lei n. 13.146/2015 promoveu alterações significativas em relação à capacidade civil da pessoa com deficiência ao declarar absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, alterando nesse sentido o artigo 3º do Código Civil de 2002. Dessa forma, aboliu do ordenamento jurídico a possibilidade de retorno à incapacidade fática de alguém que já atingiu a maioridade civil. Com isso, o instituto da interdição não mais se mostra coerente à interpretação sistemática do ordenamento, cabendo, agora, a casos em que se reputar necessário, a aplicação do instituto da curatela, de caráter protetivo apenas no âmbito patrimonial e negocial do agente curatelado. Assim, o problema desta pesquisa se refere às alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015 e a capacidade civil da pessoa com deficiência, especialmente no que tange à superação do instituto da interdição, com a promoção do instituto da curatela, vinculado ao aspecto exclusivamente patrimonial e negocial. O objetivo do estudo é apresentar os principais impactos da Lei n. 13.146/2015 quanto à capacidade civil da pessoa com deficiência e relacionar a importância da superação do instituto da interdição como homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana. O método de investigação é o bibliográfico de pesquisa. Impedir o retorno ao estado de incapacidade absoluta, vale ressaltar, constitui um grande avanço que a legislação sob análise promoveu em respeito aos direitos da pessoa com deficiência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Capacidade Civil. Pessoa com Deficiência. Lei nº 13.146/2015.

### ■ INTRODUÇÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei n. 13.146/2015, provém de um viés focado na dignidade humana, e considera a igualdade de direitos entre todas as pessoas, de forma que promove, por intermédio de seu texto, a plena capacidade da pessoa com deficiência ao exercício de autodeterminação para tratar de todos os aspectos de sua vida.

O diploma legal em comento destaca a plena inclusão da pessoa com deficiência, tornando-a plenamente capaz para exercer os atos de sua vida civil a partir dos dezoito anos de idade.

Nesse aspecto, apresenta esta legislação importantes alterações no que se refere à capacidade civil da pessoa com deficiência, uma vez que alterou o artigo 3º do Código Civil de 2002, indicando como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, e apenas estes, modificando também o artigo 4º do Código Civil de 2002, no que se refere às pessoas que podem ser consideradas relativamente capazes aos atos da vida civil e que, portanto, precisariam ser assistidas.

<sup>170</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Campus São Bento do Sul/SC. Participante do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos – NEADH. Email: carol.jacomozzi@gmail.com.

<sup>171</sup> Professora do Curso de Direito da Univille campus São Bento do Sul - SC. Mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas – PUC/PR (bolsista Capes). Brasil. Participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos - NEADH E-mail: sarahfrancine@yahoo.com.br.

Tal assistência, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, seria aplicável à pessoa com deficiência que apresente eventual necessidade de receber auxílio em relação à sua estrutura econômica, pois o seu artigo 85 destaca que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Com estas descrições claras, além da promoção da inclusão da pessoa com deficiência, a Lei n. 13.146/2015 também promove a revogação tácita do instituto da interdição tradicional, o qual considerava possível o suprimento da capacidade civil plena de alguém que, por determinadas razões, tivesse comprometido seu entendimento para a prática dos atos da vida civil.

## ■ 1. DESENVOLVIMENTO

As tratativas conferidas ao regime das capacidades no ordenamento jurídico brasileiro passaram por gradativo aprimoramento desde a codificação civilista de 1916 até o advento da Lei n. 13.146/2015, especialmente no que concerne à pessoa com deficiência. Assim, é importante rememorar alguns aspectos pontuais desta evolução normativa.

A Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, instituiu o primeiro Código Civil do país, cuja vigência teve início do ano de 1917. Sua elaboração foi guiada por uma diretiva patrimonialista que buscava, antes de tudo, garantir a segurança das relações comerciais. Dessa forma, a natureza protetiva que permeia a concepção das incapacidades não foi direcionada à pessoa em si, mas, em verdade, ao seu patrimônio.

Sobre o tema, leciona Rodrigues (2007, p. 40):

A suposta proteção conferida somente se efetivava para o indivíduo abstrato, que se encaixasse em papéis jurídicos como os de proprietário ou contratante. Caso contrário, o incapaz era praticamente invisível aos olhos da sociedade civil.

Nesse contexto, a pessoa com deficiência, que era referida pela expressão “loucos de todo o gênero”, foi situada no estado de absoluta incapacidade civil:

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (.) II. Os loucos de todo o gênero.

Diante disso, a pessoa com deficiência estava sujeita à curatela. A interdição podia ser promovida por seus genitores, pelo cônjuge ou algum parente próximo e pelo Ministério Público. Antes de a pronunciar, competia ao juiz examinar pessoalmente o arguido de incapacidade, socorrendo-se, para tanto, da oitiva de profissionais.

O Código Civil de 2002, por sua vez, trouxe um regramento mais diligente, porquanto passou a graduar a incapacidade de acordo com o grau de discernimento, possibilitando que a pessoa com deficiência pudesse alcançar a capacidade relativa, o que não acontecia no regulamento antecessor.

Nessa toada, colhe-se dos ensinamentos de Lôbo (2017, p. 116):

Pessoas com deficiência mental ou intelectual deixaram de ser consideradas absolutamente ou relativamente incapazes. O CC/1916 qualificava-as como “loucos de todo o gênero” e as impedia, pela interdição, de praticar pessoalmente qualquer ato da vida civil. O CC/2002 atenuou essa discriminatória qualificação, mas manteve a incapacidade absoluta para pessoas com “enfermidade ou deficiência mental”, sem o necessário discernimento para a prática desses atos, sujeitas a interdição e curatela permanentes.

O diploma normativo de 2002 assim diferenciava os absolutamente dos relativamente incapazes:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: [...] II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: [...] II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

Se absolutamente incapaz, a pessoa com deficiência seria representada. Por outro lado, se a incapacidade fosse relativa, a medida cabível seria a assistência. No primeiro caso, o próprio representante do indivíduo era quem praticava os atos da vida civil do representado, atuando por ele. Já no segundo, cabia ao assistente amparar o assistido, praticando o ato com a sua participação.

É inegável o aperfeiçoamento alcançado entre o sistema privado anterior e o atual. Não obstante, apenas com a edição da Lei n. 13.146/2015 esse cenário passou por uma profunda modificação. Isso porque, com amparo no modelo de abordagem social, o conceito de deficiência foi repaginado, assim como a concepção da capacidade civil daqueles que a possuem.

A abordagem social da deficiência vem de encontro ao paradigma médico, substituindo-o. Sob o ponto de vista deste, a deficiência é tida como uma adversidade originada da própria pessoa, ao contrário daquele, que reconhece no ambiente social a responsabilidade em não propiciar acolhida e inclusão da pessoa com deficiência.

O modelo social da deficiência estruturou-se em oposição ao que ficou conhecido como modelo médico da deficiência, isto é, aquele que reconhecia na lesão a primeira causa da desigualdade social e das desvantagens vivenciadas pelos deficientes, ignorando o papel das estruturas sociais para a opressão dos deficientes. Entre o modelo social e o modelo médico há uma mudança na lógica da causalidade da deficiência: para o modelo social, a causa da deficiência está na estrutura social, para o modelo médico, no indivíduo (DINIZ, 2003, p. 2).

Diante dessa conjuntura, o artigo 2º da Lei n. 13.146/2015 dispõe que a pessoa com deficiência é “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Nessa linha, em uma perspectiva inovadora e promotora de igualdade, declarou-se a plena capacidade civil da pessoa com deficiência:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Para Gagliano (2018, p. 153), com a vigência da Lei n. 13.146/2015 a pessoa com deficiência não será mais considerada incapaz, pelo contrário, “ela é dotada de capacidade legal, ainda que se valha de institutos assistenciais para a condução da sua própria vida”.

Em tal cenário, uma reformulação expressiva se operou no procedimento de instituição da curatela, a qual, consoante expressa previsão legal, está limitada aos atos alusivos ao patrimônio e aos negócios:

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à

sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

De acordo com Menezes (2015, p. 15), a intervenção na autonomia da pessoa com deficiência

[.] dependerá da aferição do grau de discernimento. Mas é importante saber que a análise desse discernimento será sempre pessoal, apurada caso a caso. Não pode ser pautada em critérios puramente objetivos, fixados abstratamente na lei. Cada pessoa deve ser observada, no contexto de sua própria vida e experiência, no processo de avaliação dos limites de sua capacidade. A regra geral continua sendo a capacidade plena.

Assim, nos moldes dos parâmetros prescritos pela Lei n. 13.146/2015, a decretação da curatela se afigura como providência de exceção, a ser empregada em último caso e somente se estritamente necessária. Os poderes do curador devem ser delimitados e motivados, a fim de resguardar tanto quanto possível o exercício da plena capacidade civil pela pessoa com deficiência.

Nesse ponto, Tartuce (2018) defende que não há mais que se falar em ação de interdição, mas sim em ação de instituição de curatela, a qual se dará nos termos acima demonstrados, sem alcançar os atos existenciais do curatelado.

Rosenvald (2015), por exemplo, sustenta que a nomenclatura interdição é inadequada e seria abolida a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, por remeter a uma ideia de sobreposição de vontades e restrição de direitos.

Não obstante, o Código de Processo Civil de 2015, que passou a vigorar pouco depois da Lei n. 13.146/2015, continuou a utilizar o aludido vocábulo em seus artigos 747 e seguintes.

Independentemente da incongruência do texto legal, as mudanças havidas nos trâmites para decretação do instituto de proteção merecem ser prestigiadas.

No manejo do requerimento de curatela pelo regimento do diploma processual antecessor, a saber, o Código de Processo Civil de 1973, a pessoa com deficiência comparecia em juízo para responder a minucioso interrogatório, que servia de suporte para o convencimento do magistrado quanto ao seu estado mental. O laudo pericial era realizado por perito nomeado.

No Código de Processo Civil de 2015, de outro tanto, a pessoa com deficiência é citada não para ser interrogada, mas para conceder entrevista e, não podendo ela deslocar-se, o juiz a ouvirá no local em que estiver. A perícia será produzida por equipe multidisciplinar, que emitirá parecer personalizado, demarcando os atos para os quais recairá a curatela. Do edital que publicar a sentença de decretação da medida protetiva constará os seus limites, bem como os atos que o curatelado poderá praticar autonomamente.

Existe, ainda, a possibilidade de levantamento parcial da curatela, na medida em que se vislumbrar a capacidade do indivíduo para a execução de alguns atos da vida.

De mais a mais, é imposto ao curador o dever de contribuir ao estímulo da conquista da independência pelo curatelado.

Por fim, cumpre destacar o instituto da tomada de decisão apoiada. Trata-se de um mecanismo judicial pelo qual a pessoa com deficiência escolhe no mínimo dois apoiadores, os quais terão a incumbência de prestar-lhe auxílio no momento de tomar alguma decisão, preservando, dessa maneira, o desempenho da sua absoluta capacidade legal. Nas palavras de Pinheiro e Brazzale (2019, p. 339) “não se trata de representação nem de assistência, mas de uma terceira figura que se coloca ao lado daquelas, garantindo-se o direito de decisão à pessoa com deficiência”.

Com efeito, todas essas melhorias mencionadas permitem concluir que a Lei n. 13.146/2015 representa um importante avanço na tutela dos direitos da pessoa com deficiência e na inclusão social.



## ■ CONCLUSÃO

Como cediço, embora toda pessoa tenha a aptidão inata de assumir direitos e obrigações, nem toda pessoa tem, de fato, a possibilidade de praticar os desdobramentos de tais relações sem um terceiro intermediário que lhe ampare. Para suprir essa falta de capacidade fática, tem lugar a teoria das incapacidades. A despeito de seu escopo protetivo, ela emergiu no sistema brasileiro de um traço patrimonialista que se dava puramente para garantir a estabilidade das práticas comerciais.

Como corolário, a livre manifestação de vontade foi negada à pessoa com deficiência por bastante tempo, posto que ela era qualificada como absolutamente incapaz, o que, repita-se, ocorria para a preservação dos bens materiais daqueles que, por alguma insuficiência, não conseguiam reger suas finanças.

Felizmente, o ordenamento jurídico progrediu e a instituição da Lei n. 13.146/2015 rompeu completamente com a compreensão equivocada de que a deficiência, por si mesma, é resultado instantâneo de incapacidade. Nessa senda, a deficiência passou a ser tratada como uma particularidade que poderá, mas não imperiosamente, acarretar um comprometimento no discernimento de quem a possui.

Visando ao combate de estigmas sociais, bem como a promoção da pessoa com deficiência, declarou-se a plenitude de sua capacidade civil.

Destarte, o instituto da curatela foi remodelado, afastando-se da noção tradicional de interdição que incide sobre todos os atos da vida civil. A medida protetiva, portanto, será decretada meramente para servir de apoio nas situações patrimoniais e negociais, mantendo-se preservados os interesses existenciais do curatelado.

A par disso, tem-se que a Lei n. 13.146/2015 contribuiu de forma positiva para o fortalecimento direitos humanos e fundamentais da pessoa com deficiência, permitindo que ela seja a protagonista na condução da sua própria vida.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. *Civilistica.com*: revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direitoprotetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BRAZZALE, Flávia Balduino. **O direito à diferença e à pessoa com deficiência: uma ruptura no regime das incapacidades**. *REVISTA JURÍDICA CESUMAR*. Mestrado, v. 17, n. 2, p. 323-350, 2017. Disponível em: <<http://177.129.73.3/index.php/revjuridica/article/view/4898>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: Estudos no marco do Estado Democrático de Direito**. 2007. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. PósGraduação em Direito. Disponível em: <[www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_RodriguesRL\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesRL_1.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 2019.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de Farias. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil v. 1: lei de introdução e parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

# O PRINCÍPIO SISTÊMICO DO EQUILÍBRIO, AS ORDENS DA AJUDA E A RELAÇÃO CLIENTE-ADVOGADO

Marcelle Stähelin<sup>172</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é analisar o Princípio Sistêmico do Equilíbrio na relação cliente-advogado. Serão abordadas as leis sistêmicas observadas por Bert Hellinger (pertencimento, hierarquia e equilíbrio) e as Ordens da Ajuda também por ele desenvolvidas. Tratará, brevemente, da definição de Direito Sistêmico e seu surgimento no Brasil através do juiz Sami Storch. Por fim, analisará o Princípio Sistêmico do Equilíbrio entre dar e tomar, juntamente com as Ordens da Ajuda, que podem ser observados na relação entre advogado-cliente. Para realizar o presente estudo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, traçando como problema de pesquisa o seguinte questionamento: “como observar o Princípio do Equilíbrio entre dar e tomar e as Ordens da Ajuda, de Bert Hellinger, na relação entre advogado-cliente?”. A hipótese de observância do Princípio do Equilíbrio entre dar e tomar das Ordens da Ajuda foi confirmada, entretanto as conclusões são parciais, pois a pesquisa ainda está em andamento. A relevância acadêmico-científico-social se dá por ser uma nova perspectiva a respeito da relação entre advogado-cliente, resultando numa relação mais saudável ente ambos.

**PALAVRAS-CHAVES:** Bert Hellinger. Sami Storch. Direito Sistêmico. Ordens da Ajuda. Postura Sistêmica. Leis Sistêmicas. Equilíbrio entre dar e tomar.

## ■ INTRODUÇÃO

O que é o Princípio Sistêmico do Equilíbrio entre dar e tomar? E as Ordens da Ajuda? O que eles influenciam nas relações entre cliente e advogado? Qual a postura e o lugar do advogado? Essas e outras indagações são pertinentes para o tema, por meio do estudo de situações em que há um olhar sistêmico para as relações entre o advogado e seu cliente.

A metodologia utilizada para o presente estudo foi o método hipotético-dedutivo, tendo como alicerce do problema de pesquisa o seguinte questionamento: “como observar o Princípio do Equilíbrio entre dar e tomar e as Ordens da Ajuda, de Bert Hellinger, na relação entre o advogado e seu cliente?”. Como hipótese, tem-se que a observância do Princípio do Equilíbrio entre dar e tomar as Ordens da Ajuda podem modificar as relações entre cliente e advogado. Observou-se também que quando se tem em mente o Equilíbrio entre dar e tomar nas relações humanas e as Ordens da Ajuda do profissional do Direito, e quando o advogado assume a postura de conhecedor da lei e não a de salvador de seu cliente, conseqüentemente, o cliente deixa de assumir a postura de vítima e resgata sua autonomia na tomada de decisões.

Assim, o presente artigo dividiu-se da seguinte forma: em um primeiro momento serão abordados os princípios sistêmicos de Bert Hellinger e a definição de Direito Sistêmico. Posteriormente serão apresentadas as ordens da ajuda, a postura sistêmica, realizando uma análise sobre como a visão sistêmica do Direito, que pode auxiliar na relação entre advogado-cliente.

<sup>172</sup> Advogada. E-mail: marcelle@marcelle.adv.br

## ■ 1. PRINCÍPIOS SISTÊMICOS E DIREITO SISTÊMICO

Bert Hellinger foi um teólogo, filósofo e pedagogo alemão, que trabalhou por 16 anos como missionário em uma tribo Zulu, na África do Sul e desenvolveu a técnica das constelações familiares. Teve como influências, Gestalt, psicanálise, dinâmicas de grupos, terapia primal, análise transacional, hipnoterapia, programação neurolinguística (PNL) e terapia familiar. O livro “Um lugar para os excluídos” traz toda a história de Bert Hellinger e de como ele desenvolveu seu trabalho.

A constelação familiar está fundamentada em conceitos da sociologia, psicologia, fenomenologia, psicanálise, terapia sistêmica, familiar e estrutural.

Segundo Adhara Campos, a constelação sistêmica é:

uma técnica terapêutica breve voltada para soluções, que trabalha por meio de representações e imagens e perspectivas de mais gerações (ideia da transgeracionalidade). Essa terapia está fundamentada nas Ordens do Amor ou Leis Sistêmicas, sistematizadas por Bert Hellinger a partir da década de 70, ocasião em que ele entrou em contato com a técnica por meio de Ruth Mc Clandon, Les Kadis e Thea Schönfelder (VIEIRA, 2018, p. 12).

Contudo, constelação familiar não é psicoterapia pois não tem objetivo de tratar nem curar ninguém. É uma mudança de compreensão associada a uma correta ação. Trata-se de uma abordagem de cunho filosófico e fenomenológico hellingeriano.

A expressão “constelação familiar” foi traduzida do termo alemão *Familienaufstellung* (em tradução literal, “configuração familiar”) por *Family Constellation* (“constelação familiar”) (HELLINGER, 2019, p. 14).

Constelar na verdade, significa, portanto, configurar, posicionar, recolocar.

A constelação familiar tem como base três princípios sistêmicos (leis sistêmicas, ordens do amor ou leis do amor) desenvolvidas por Bert Hellinger, quais sejam: 1) Pertencimento; 2) Hierarquia; 3) Equilíbrio entre dar e tomar.

### 1.1 Os Princípios Sistêmicos

Bert Hellinger observou que da mesma forma que existem as leis da física, que nós não vemos mas sabemos que estão atuando, também existem as leis sistêmicas, que regem as relações humanas, sem que as pessoas se deem conta disso.

O primeiro princípio sistêmico é o Pertencimento. Pertencimento é vínculo, e se dá desde o momento da concepção, quando a pessoa já passa a pertencer ao seu sistema familiar: mesmo que desse embrião não nasça uma criança com vida, ela não se desenvolva ou seja abortada, nada disso exclui seu pertencimento. “A lei do pertencimento parte do princípio de que, nos sistemas, quando ocupamos um lugar, ele nos pertence, independentemente das circunstâncias ou fatores externos” (CARVALHO, 2018, p. 32).

Este princípio não se aplica apenas aos filhos e aos membros de um sistema familiar. O pertencimento deve ser observado em qualquer situação: os professores e alunos de uma universidade, a ela pertencem; os moradores de um condomínio pertencem a ele, os membros de uma congregação pertencem a esta, os advogados pertencem à OAB, todos os empregadores e empregados pertencem à empresa para a qual trabalham.

Para Bert Hellinger, se não for respeitado que todos pertencem, ocorre um desequilíbrio no sistema, de modo a possibilitar que os excluídos sejam incluídos. E esse desequilíbrio pode ser observado de diversas formas: uma relação conjugal que não dá certo por falta de reconhecimento da primeira esposa; falta de prosperidade na empresa que não reconhece o lugar do antigo dono; demissão quando houve desrespeito com o antigo funcionário.

A segunda lei é da Hierarquia e diz respeito à ordem e precedência: o que vem primeiro. Para Bianca Carvalho (2018, p.37), a hierarquia “corresponde ao lugar de cada um no sistema. Na posse do direito de pertencer, o membro do sistema precisa conhecer o seu devido lugar”.

Em uma família, observa-se a hierarquia entre os ascendentes e descendentes (bisavós, avós, pais, filhos, netos, bisnetos) bem como entre os irmãos, do mais velho para o mais novo (incluindo-se abortos e natimortos). Entre casais não há hierarquia, pois ambos os cônjuges se encontram lado a lado, um em relação ao outro.

Quando essa ordem não é observada, gera conflitos nas relações familiares, inclusive entre os casais. De modo geral, todos os sistemas possuem uma hierarquia, determinada pelo momento em que alguém começou a fazer parte do sistema.

Em uma empresa, quem entrou primeiro tem precedência sobre aquele que ingressou depois. Contudo, se a empresa for familiar, mesmo que os filhos dos sócios passem a integrá-la depois de um funcionário antigo, os filhos têm precedência a este funcionário, porque a empresa é familiar e esse sistema tem mais valor.

A última lei é a do Equilíbrio entre dar e tomar e refere-se à compensação. Conforme explica Bianca Carvalho (2018, p.39),

a lei do equilíbrio de troca – Dar e Tomar – é basicamente a possibilidade, dentro de uma relação, de ambos poderem oferecer e receber com certa paridade, favorecendo a sensação de bem-estar pela existência de justiça ou ausência de reivindicação. Se em uma relação, seja de afeto, amizade, trabalho ou negócio, uma das partes dá mais do que recebe, aquele que recebe mais do que dá se sente pressionado a recompensar e não consegue, e aquele que dá demais e recebe nada ou pouco se sente desvalorizado, pois precisa receber algo e nem sempre consegue. Em qualquer uma das hipóteses, o efeito é a tensão nessa relação e o conseqüente afastamento ou sentimentos secundários, como mágoa, desconforto ou intolerância.

É importante ressaltar que aqui se utiliza a expressão “tomar” e não “receber”. Isso se dá porque “tomar” é ativo – cabe à pessoa tomar o que a outra está dando. E “receber” é passivo, ou seja a pessoa não age, apenas espera que a outra dê.

Assim, dessa breve explicação acerca das três leis sistêmicas já é possível entender a origem dos conflitos, sejam eles familiares, interpessoais, negociais ou empresariais.

## 1.2 O Direito Sistêmico

A expressão Direito Sistêmico surgiu em 2010, quando o juiz Sami Storch publicou o primeiro artigo sobre o tema em seu blog (2016, *web*).

Referido juiz iniciou os trabalhos em 2006, na Comarca de Itabuna, na Bahia, quando ingressou na magistratura. No início utilizou-se de frases “sistêmicas” e percebeu como resultado a sensibilização das partes envolvidas no conflito, levando-as a olhar para um contexto maior.

Para o referido magistrado:

A expressão “direito sistêmico”, no contexto aqui abordado, surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger. (.) O direito sistêmico se propõe a encontrar a verdadeira solução. Essa solução não poderá ser nunca para apenas uma das partes. Ela sempre precisará abranger todo o sistema envolvido no conflito, porque na esfera judicial – e às vezes também fora dela – basta uma pessoa querer para que duas ou mais tenham que brigar. Se uma das partes não está bem, todos os que com ela se relacionam poderão sofrer as conseqüências disso. (2013, *web*).

Assim, denota-se que, no início, para Sami Storch, Direito Sistêmico era a aplicação das constelações familiares no Direito. Importante observar que não se trata apenas de uma técnica e sim de uma postura, um modo de agir sistêmico, em que o juiz é ainda mais imparcial quando consegue perceber o que está por detrás do conflito.

O que seria adequado é que o profissional do Direito, seja ele qual for, aplique seu conhecimento técnico-jurídico utilizando-se dos princípios sistêmicos em sua postura enquanto profissional da ajuda e auxilie seu cliente em busca da melhor solução para o conflito.

Ainda, acerca da nomenclatura utilizada, Caroline Vieira Ruschel, em sua tese de doutorado, observou que estão sendo utilizadas nomenclaturas diversas para o uso da constelação familiar no Direito, tais como: Direito Sistêmico, Justiça Sistêmica e Advocacia Sistêmica. Na sua opinião, o termo Direito Sistêmico pode gerar alguns problemas, pois entende que para surgir um novo Direito, faz-se necessário um objeto próprio, o que para a autora, não é o caso, “porque a técnica pode ser aplicada de forma transversal por todos os profissionais do Direito” (2018, *web*, p.217-218).

Para esta autora, portanto, trata-se da aplicação das constelações familiares no Direito e não apenas a adoção de uma postura sistêmica.

Percebe-se que, em que pese haja a utilização das constelações familiares no judiciário, o Direito Sistêmico não se resume a isso, pois uma vez conhecedor da técnica das constelações, bem como das leis sistêmicas de Bert Hellinger, o profissional do Direito poderá adotar uma postura sistêmica, cujas características são: sem medo, sem julgamento, sem intenção de salvar ou vingar a parte, sem pena e sem amor que vincula. Além dessas características é importante que o profissional esteja em estado de presença, desenvolva a escuta ativa (percepção do essencial), utilize-se da percepção fenomenológica e atue sempre com autorresponsabilidade.

## ■ 2. AS ORDENS DA AJUDA, A POSTURA SISTÊMICA E A RELAÇÃO CLIENTE-ADVOGADO

Em seu trabalho com as Constelações Familiares, Bert Hellinger observou cinco ordens que atuam nas relações entre os profissionais da ajuda e seus clientes e as chamou de “ordens da ajuda”.

Trata-se, neste caso, da ajuda enquanto profissão e não da ajuda interpessoal. Há uma diferença entre as duas. “A ajuda como profissão é uma arte, uma habilidade de saber como. Sobretudo, precisamos saber como fazer para não nos deixarmos ser envolvidos em um relacionamento” (HELLINGER, 2017, p. 112).

Assim, em sendo a profissão de advogado uma profissão de ajuda, uma vez que os clientes procuram um profissional conhecedor das leis e técnicas jurídicas para auxiliá-lo a solucionar um problema, mister se faz que esses profissionais conheçam as ordens da ajuda, segundo Bert Hellinger.

Para ele, “a primeira ordem da ajuda consiste, portanto, em dar apenas o que se tem e somente esperar e tomar o que se necessita” (HELLINGER, 2013, p. 14).

Quando uma pessoa quer dar o que não tem, e a outra quer tomar algo de que não precisa ocorre a desordem da ajuda. Também ocorre desordem quando uma pessoa espera e exige da outra algo que ela não pode dar, porque ela mesma não tem. Ou quando uma pessoa não pode dar algo, porque com isso tiraria da outra algo que só ela pode ou deve carregar e fazer. Portanto, existem limites no dar e tomar.

O advogado observa essa ordem da ajuda quando, por exemplo, nos pedidos, em uma ação judicial, requer apenas aquilo que o cliente pede. Não são raros os casos em que, apenas no momento da audiência conciliatória o cliente fica sabendo quais foram os pedidos feitos em seu nome. E muitas vezes seu defensor pediu coisas que ele nem queria.

A segunda ordem da ajuda consiste em submetermo-nos “às circunstâncias e somente interferir e apoiar à medida que elas o permitirem. Essa ajuda é discreta e tem força” (HELLINGER, 2013, p. 15).

A desordem da ajuda, neste caso, consiste em negar ou encobrir as circunstâncias, ao invés de olhá-las juntamente com o cliente. O querer ajudar contra as circunstâncias enfraquece tanto o ajudante quanto o cliente.



Sobre essa ordem, é importante que o advogado consiga aceitar a situação na qual seu cliente está envolvido, sem querer alterar os fatos. Quando o advogado não quer aceitar, por exemplo que seu cliente praticou o crime, sendo que ele próprio confessou, o profissional não está conseguindo aceitar as circunstâncias, e isso enfraquece ambos.

A terceira ordem, seria “que o ajudante também se colocasse como adulto perante um adulto que procura ajuda. Com isso, ele recusaria as tentativas do cliente de forçá-lo a fazer o papel de seus pais” (HELLINGER, 2013, p. 17).

Para Hellinger, a desordem da ajuda aqui é permitir que o cliente faça reivindicações ao profissional da ajuda como uma criança aos seus pais, e que o advogado trate o cliente como uma criança, para poupá-lo de algo que ele mesmo precisa e deve carregar – a responsabilidade e as consequências de seus atos.

Quando um advogado toma os problemas do cliente como se fossem seus, como se fosse o salvador, eximindo o cliente de qualquer responsabilidade, ele está tratando seu cliente como uma criança e está agindo como pai/mãe. Pois é apenas a criança que não tem responsabilidades e espera que seus pais resolvam todas os seus problemas.

Por isso é importante a postura sistêmica, não ter pena do cliente. Pois se ele se envolveu naquele conflito, possui plenas condições de sair dele. O que cabe ao advogado é auxiliá-lo com o conhecimento técnico-jurídico, ajudando-o a escolher as melhores alternativas jurídicas para o seu caso.

É mister que o advogado veja toda a força que existe no seu cliente e devolva a ele a autonomia e a dignidade. E isso só é possível quando o cliente é tratado como adulto.

Muitas vezes o cliente pode não gostar que seu advogado o trate como adulto. Mas cabe ao profissional ficar no seu lugar, na postura sistêmica, sem medo e sem pena. O cliente tem todas as condições de olhar para a solução do problema, às vezes é ele quer apenas passar essa responsabilidade para outra pessoa e isso fica muito pesado para o advogado, caso ele permite que isso ocorra.

Sobre a quarta ordem da ajuda, o que se tem a dizer é que muitos ajudantes encaram seu cliente como um indivíduo isolado, o que pode facilitar uma transferência da relação entre pais e filhos o que pode ser perigoso. “Somente quando o ajudante o percebe como uma parte de sua família é que ele percebe de quem o cliente precisa e a quem ele talvez deva algo”. Esta ordem verifica, portanto, “que a empatia do ajudante deve ser menos pessoal, mas sobretudo sistêmica. Ele não se envolve num relacionamento pessoal com o cliente” (HELLINGER, 2013, p. 18).

Ajudar o cliente de uma forma sistêmica inclui olhar o todo. Perceber de quem o cliente não está falando, quem ele está excluindo. Muitas vezes ali pode estar a solução.

Para Bert Hellinger, a desordem da ajuda seria, aqui, se o cliente e o advogado não olharem para as pessoas que estão sendo excluídas na fala do cliente, pessoas excluídas da família, por exemplo. Esses excluídos precisam ser vistos e honrados.

Por fim, a quinta ordem da ajuda é “o amor a cada um como ele é, por mais que ele seja diferente de mim. (.) Só alguém que dá imediatamente um lugar em sua alma à pessoa de quem o cliente se queixa pode ajudar a serviço da reconciliação” (HELLINGER, 2013, p. 19).

Aqui se trata, novamente, de não julgar, não apenas o cliente, mas também a pessoa da qual o cliente está se queixando. Quando se julga quem está certo ou errado, se afasta da possibilidade de encontrar a solução para o conflito. Todo julgamento pressupõe uma separação.

“A desordem da ajuda seria aqui o julgamento sobre outros, que geralmente é uma condenação, e a indignação moral ligada a isso. Quem realmente ajuda, não julga” (HELLINGER, 2013, p. 19).

É muito comum que o advogado aceite a versão do cliente como sendo a verdade. E não raras vezes, no decorrer do processo judicial a verdade dos fatos aparece e nem sempre a parte contrária estava tão errada assim.

O cliente não é sempre vítima, tampouco perpetrador. Ele é 50% responsável pelos conflitos nos quais está envolvido. A outra parte nunca é 100% responsável. Por isso é importante não julgar.



Por fim, é sempre importante ressaltar que Bert Hellinger alerta que “o que disse sobre as ordens da ajuda não deve ser aplicado de modo rigoroso e metódico. Quem tentar isso, pensa, ao invés de perceber” (2013, p. 19).

Para tanto, é necessário que o profissional da ajuda, no caso, o advogado, desenvolva uma postura sistêmica, o que possibilita uma real conexão do profissional com aquilo que o cliente realmente necessita. O advogado precisa perceber o cliente, sem a intenção de salvar. E para isso é necessário desenvolver algumas habilidades: observação, percepção, compreensão, intuição e sintonia.

No livro “Conflito e Paz: Uma resposta”, Bert Hellinger afirma que “o maior obstáculo para a reconciliação entre “bons e maus” são os justos”. São eles que têm os sentimentos mais agressivos” (2018, p. 41).

Quando o advogado toma as dores do cliente como sendo suas, e quer vingar-se por ele, “fazer justiça”, dificilmente o profissional estará facilitando uma conciliação entre as partes ou a resolução do conflito de forma mais profunda.

Assim, quando o advogado não julga, não sente pena, age sem medo, sem intenção de salvar e sem amor que vincula, ele não será um obstáculo para a reconciliação entre seu cliente e a outra parte envolvida o conflito.

## ■ CONCLUSÃO

Da análise obtida da leitura do material encontrado para a realização deste trabalho, denota-se que, quando se tem em mente o Equilíbrio entre dar e tomar nas relações humanas e as Ordens da Ajuda do profissional do Direito, e quando o advogado assume a postura de conhecedor da lei e não a de salvador de seu cliente, conseqüentemente, o cliente deixa de assumir a postura de vítima e resgata sua autonomia na tomada de decisões.

Ao adotar uma postura sistêmica, o advogado vem auxiliar na solução pacífica dos conflitos, possibilitando que o conflito trazido seja resolvido, até mesmo, extrajudicialmente, o que poderá evitar o ajuizamento de mais ações no Judiciário, a menos que seja imprescindível por determinação legal, e possibilitando que seu cliente seja o protagonista na solução dos seus próprios conflitos.

A hipótese de observância do Princípio do Equilíbrio entre dar e tomar e das Ordens da Ajuda foi confirmada, entretanto as conclusões são parciais, pois a pesquisa ainda está em andamento.

Observou-se que, quando se tem em mente o Equilíbrio entre dar e tomar nas relações humanas e as Ordens da Ajuda do profissional do Direito, e o quando o advogado assume a postura de conhecedor da lei e não a de salvador de seu cliente, conseqüentemente, o cliente deixa de assumir a postura de vítima e resgata sua autonomia na tomada de decisões.

A partir do momento em que o advogado assume essa nova postura perante seus clientes, com esse novo olhar para o conflito, possibilitando que vejam o que está além do aparente e ocupando apenas o lugar que lhe cabe, de quem detém o conhecimento técnico-jurídico para auxiliar a parte a encontrar uma solução para seus conflitos, aliado ao conhecimento das leis sistêmicas de Bert Hellinger, é devolvida aos clientes a dignidade de decidir e resolver os seus problemas, sem colocá-los nas mãos de terceiros, sejam eles juízes ou advogados, pois estes não estarão mais ocupando o lugar de salvador.

Desta forma, a relação entre cliente-advogado também fica mais saudável, pois o profissional não se sentirá responsável pela resolução do conflito como sendo seu. A partir do momento em que o advogado percebe que seu papel é o de auxiliar juridicamente, sem a necessidade de salvar o seu cliente, todos ganham, pois, o relacionamento entre eles passa a ser mais leve e respeitoso.

A longo prazo, é possível que ocorra uma diminuição de ações judiciais, quando as pessoas perceberem que, tendo ao seu lado um profissional habilitado, é possível que cada um seja o responsável pela sua própria vida e pelo seu destino.

## ■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ana Cecilia Bezerra de et al. **Direito Sistêmico: o despertar para uma nova consciência jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen, 2018.

CARVALHO, Bianca Pizzatto. **Constelações Familiares na Advocacia Sistêmica**. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

HELLINGER, Bert. **As Ordens do Amor**. São Paulo: Cultrix, 2017.

\_\_\_\_\_. **Conflito e Paz: Uma resposta**. São Paulo: Cultrix, 2018.

\_\_\_\_\_. **O Amor do Espírito**. 4. ed. Belo Horizonte: Atman, 2017.

\_\_\_\_\_. **Ordens da Ajuda**. 3. ed. Goiânia: Atman, 2013.

\_\_\_\_\_. **Um Lugar para os Excluídos**. 4. ed. Divinópolis: Atman, 2016.

HELLINGER, Sophie. **A própria felicidade: fundamentos para a Constelação Familiar**. Brasília: Trampolim, 2019.

OLDONI, Fabiano et al. **Direito Sistêmico: Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 2. ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

QUEZADA, Fabiana et al. **Pensamento Sistêmico: Abordagem Sistêmica aplicada ao Direito**. São Paulo: Editora Leader, 2019.

RUSCHEL, Caroline Vieira. **Os limites do Direito Ambiental na preservação dos recursos naturais comuns: epistemologia da sustentabilidade e estudos de caso**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/189036/PDPC1375-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 dez. 2018.

STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** 2010. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/> Acesso em: 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário**. 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>. Acesso em: 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares**. 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Sistêmico**. 2013. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/>. Acesso em 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constelações Familiares na Vara de Família viabilizam acordos em 91% dos processos**. 2014. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em 05 dez. 2018.

VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação no Judiciário – Manual de Boas Práticas**. Disponível em: <ebookconstelacaonojudiciario.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **A Constelação Sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.